

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS  
Graduação em Direito

**BRUNO OLIVEIRA DA CUNHA**

**DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO JUDICIAL:  
A EMENDA CONSTITUCIONAL 66 DE 2010**

**BRASÍLIA  
2012**

**BRUNO OLIVEIRA DA CUNHA**

**DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO JUDICIAL:  
A EMENDA CONSTITUCIONAL 66 DE 2010**

Monografia submetida ao Núcleo de Pesquisa e Monografia, como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Flávio de Almeida Salles Júnior

**BRASÍLIA  
2012**

**BRUNO OLIVEIRA DA CUNHA**

**DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO JUDICIAL:  
A EMENDA CONSTITUCIONAL 66 DE 2010**

Monografia submetida ao Núcleo de Pesquisa e Monografia, como requisito parcial para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Flávio de Almeida Salles Júnior

Brasília, 16 de outubro de 2012.

Banca Examinadora

---

Prof. Flávio de Almeida Salles Júnior

---

Prof. Examinador

---

Prof. Examinador

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo analisar de forma geral os institutos da separação e do divórcio no Brasil, fazendo uma abordagem histórica e conceitual desses institutos, porém utilizando como tema central as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010, a qual modificou o parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição Federal brasileira (que possibilitou a busca pelo divórcio direto por aqueles que desejam o fim do vínculo conjugal), principalmente no que diz respeito à divergência doutrinária e jurisprudencial em relação ao fato de se essa inovação constitucional ter revogado a separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro ou apenas ter excluído os lapsos temporais que eram previstos no respectivo trecho da nossa constituição antes da EC 66/2010 e que deviam ser respeitados para que o divórcio fosse decretado, tendo o instituto da separação judicial permanecido em nosso ordenamento jurídico como uma alternativa aos cônjuges que não queiram o divórcio.

Palavras-chave: Emenda Constitucional 66. Separação judicial. Divórcio direto.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>5</b>  |
| <b>1. HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL .....</b>           | <b>8</b>  |
| 1.1 A INDISSOLUBILIDADE DO CASAMENTO .....                          | 8         |
| 1.2 A INSTITUIÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL E A SEPARAÇÃO JUDICIAL..... | 14        |
| 1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....                             | 16        |
| 1.4 O CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....                                    | 20        |
| 1.5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 2010 .....                     | 22        |
| <b>2. FIM DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL .....</b>              | <b>29</b> |
| 2.1 DOUTRINA.....   | 29        |
| 2.2 JURISPRUDÊNCIA .....  | 32        |
| 2.3 CONSEQUÊNCIAS .....   | 35        |
| 2.4 O FIM DA CULPA.....   | 36        |
| <b>3. A NÃO REVOGAÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL .....</b>               | <b>40</b> |
| 3.1 DOUTRINA.....   | 40        |
| 3.2 JURISPRUDÊNCIA .....  | 44        |
| 3.3 CONSEQUÊNCIAS .....   | 48        |
| 3.4 A CULPA.....  | 49        |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>  | <b>52</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>   | <b>55</b> |
| <b>ANEXO A - JURISPRUDÊNCIA DO TJDF .....</b>                       | <b>58</b> |

## INTRODUÇÃO

A ideia de o homem viver em par com uma mulher está presente desde a criação da raça humana. Esse princípio existe não apenas na relação humana, mas entre quase todos os seres vivos.

A ideia de família existe desde o início da humanidade e vem acompanhando a evolução da sociedade ao longo do tempo. Dentro desse conceito temos o do casamento (cujos relatos antecedem à era de Cristo), o qual surgiu como uma forma de organização da estrutura familiar, como um processo de socialização.

O instituto do casamento abrange tanto o ato de celebração do matrimônio, como a relação jurídica que dele se origina, ou seja, a relação matrimonial. É um instituto no qual as partes ingressam por vontade própria e, a partir daí, são gerados direitos e deveres pessoais e patrimoniais, criando um vínculo entre as partes.

Antigamente, a Igreja exercia forte influencia nas sociedades ocidentais, caracterizadas por serem sociedades conservadoras e patriarcais, levando à consagração do matrimônio como eterno. Essa tentativa de manter o casamento indissolúvel não interessava somente à Igreja, mas também ao Estado, que objetivava a conservação da família, considerada a base da sociedade.

No Brasil, até o advento da República, em 1889, a única forma de casamento era o religioso, sendo que o casamento civil surgiu apenas em 1891. O conceito de indissolubilidade do casamento esteve presente em todas as Constituições Federais brasileiras. A ideia de família sempre esteve ligada à de casamento, por isso os vínculos extramatrimoniais eram reprovados socialmente e punidos pela lei.

Entretanto, a sociedade evolui a cada dia e as normas legais devem acompanhar e disciplinar essa evolução. Em relação ao casamento não foi diferente, já que esse conceito está ligado à felicidade entre os cônjuges e a vontade de estarem juntos e, quando essa felicidade chega ao fim, o destino mais provável é o fim do vínculo conjugal entre as partes. Com isso, foram sendo realizadas mudanças no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei do Divórcio de 1977, que deram fim à noção de

casamento indissolúvel e permitiram aos cônjuges chegarem ao fim do vínculo conjugal quando desejassem.

Hoje temos dois institutos, que se referem ao fim do matrimônio: a separação e o divórcio. O divórcio põe termo ao casamento, possibilitando aos divorciados se casarem novamente. Por outro lado, existem dois tipos de separação, a de fato e a judicial. Na separação de fato há a cessação da convivência, fazendo com que haja o término da sociedade conjugal, sem a necessidade de se buscar tal efeito em juízo; já a separação judicial implica somente o término da sociedade conjugal, sem dissolver o casamento.

Além disso, na separação judicial é possível a reconciliação entre os cônjuges, com o retorno ao estado de casado, não importando se a separação foi judicial ou extrajudicial, nem se foi consensual ou litigiosa, sendo direito do casal buscar, a qualquer tempo, o restabelecimento do casamento. Contudo, com o divórcio há a dissolução do vínculo matrimonial, fazendo com que seja necessário um novo casamento para que os divorciados restabeleçam esse vínculo.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, no § 6º do artigo 226, os institutos do divórcio e da separação, tanto de fato como judicial. O artigo citado dizia que o casamento civil poderia ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos; ou seja, a separação seria um requisito prévio para a decretação do divórcio.

Contudo, em 14 de julho de 2010, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 66, que alterou a redação do § 6º do artigo 226 da Carta Magna, possibilitando a decretação do divórcio ao casal de forma direta, ou seja, sem a necessidade de se cumprir os requisitos prévios antes exigidos. Então, o parágrafo em questão passou a ter a seguinte redação: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Até a promulgação da emenda constitucional em questão, a condição de separado trazia a consequência de que a pessoa não estava mais casada, mas não podia se casar de novo até que fosse possível a decretação do divórcio. Além do mais, havia várias restrições à concessão do divórcio. Todos esses artifícios pretendiam

desestimular o fim do casamento. Todavia, quando o amor entre o casal acaba e a convivência entre ambos se torna insustentável, o fim desse laço é inevitável e a lei dificultava que isso ocorresse.

Entretanto, a Emenda Constitucional nº 66, ao disciplinar apenas o instituto do divórcio em sua redação, gerou uma grande divergência conceitual em nosso ordenamento jurídico: se tal emenda, ao não se referir mais, de forma expressa, sobre a separação judicial, teria revogado este instituto. Uma parte da doutrina e jurisprudência diz que houve uma revogação tácita da separação judicial, pois a Constituição de 88 passou a se referir apenas ao divórcio. A outra parte diz que a separação judicial ainda existe, já que ela ainda está presente em nossa norma infraconstitucional e a redação da emenda em tese não dispôs, de forma expressa, sobre a revogação desse instituto; tendo sido eliminado apenas os requisitos prévios para a decretação do divórcio.

Por isso, o presente trabalho tem por objetivo a análise da Emenda Constitucional 66 de 2010 e verificar se esta, ao alterar o parágrafo 6º do artigo 226 da Lei Maior, eliminou ou não o instituto da separação judicial.

O trabalho foi dividido em quatro partes principais. A primeira parte tem por objetivo fazer uma abordagem genérica, porém necessária, sobre a história e evolução do divórcio no Brasil, com abordagem dos seguintes temas: a indissolubilidade do casamento, a instituição do divórcio e da separação judicial no Brasil, e sobre a entrada em vigor da EC nº 66 de 2010.

A segunda parte destaca a posição doutrinária e jurisprudencial acerca da revogação da separação judicial, trazendo também as consequências trazidas ao nosso direito por esta revogação. Já a terceira parte confronta a segunda, pois traz a visão doutrinária e jurisprudencial acerca da não eliminação do instituto da separação judicial, apenas dos requisitos prévios para a decretação do divórcio; dispondo também sobre as consequências trazidas ao nosso ordenamento jurídico por essa mudança.

E a quarta parte mostra a jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios sobre a revogação ou não da separação judicial após a inovação constitucional em destaque.



# 1. HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL

## 1.1 A INDISSOLUBILIDADE DO CASAMENTO

Foi a enorme influência religiosa em uma sociedade conservadora e patriarcal que levou à consagração do matrimônio como eterno. A tentativa de manter o casamento indissolúvel não interessava somente à igreja, mas também ao Estado, que procurava a conservação da família, considerada a base da sociedade à qual é conferida especial proteção. A negativa em admitir a separação justificava-se em face do caráter essencialmente patrimonialista do casamento. Visava a lei proteger o patrimônio do casal em detrimento da felicidade dos próprios cônjuges.<sup>1</sup>

A evolução, regulamentação e instituição do divórcio e da separação ocorreram de maneira lenta, pois esse tema sempre esteve intimamente ligado com a religião e seus dogmas.

O casamento, introduzido no Brasil no tempo do Império, era regido pelas normas da Igreja Católica, visto que o catolicismo era a religião oficial de Portugal, pelo qual fomos colonizados. Com isso, eram aplicadas no Brasil as disposições estabelecidas no Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1553, o qual estabelecia o matrimônio como uma relação indissolúvel.<sup>2</sup>

Com o advento da monarquia brasileira no século XIX, nada mudou em relação à normatização eclesiástica do matrimônio, pois a religião católica era, oficialmente, a religião do Estado brasileiro, fazendo com que o casamento continuasse indissolúvel, sem qualquer possibilidade de uma eventual dissolução civil do matrimônio. Isso pôde ser evidenciado com a instituição do Decreto de 03 de novembro 1827, o qual

---

<sup>1</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.19.

<sup>2</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 9.

determinou a aplicação do Concílio de Trento e da Constituição do Arce bispado da Bahia como jurisdição eclesiástica em relação ao casamento.<sup>3</sup>

No ano de 1861, surgiu a primeira evidência da flexibilização do matrimônio no Brasil, com o Decreto nº 1.144 de 11 de setembro de 1861, o qual possibilitou o casamento de pessoas de religiões e credos diferentes, obedecendo aos requisitos de sua religião ou ainda pessoas não católicas, porque até então somente estas poderiam casar.<sup>4</sup>

O Decreto nº 1.144 foi um pequeno sinal de progresso em relação à desvinculação entre a Igreja Católica e o Estado. Esse decreto foi modificado e aperfeiçoado com o Decreto nº 3.069 de 17 de março de 1863, o qual possibilitou a existência de três formas de casamentos: casamento católico, casamento misto e o casamento não católico.

O apelo pela instituição do divórcio no Brasil foi crescendo. Diante da persistência da realização exclusiva do casamento católico, houve a expedição, no dia 26 de junho de 1890, do Decreto nº 521, o qual dispôs que o casamento civil deveria preceder às cerimônias religiosas de qualquer culto. Além disso, foi disciplinada a separação de corpos, sendo indicadas as causas aceitáveis, ou seja, o adultério, sevícia ou injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal por dois anos contínuos e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de dois anos.<sup>5</sup>

No ano de 1893, o Deputado Érico Marinho apresentou ao Parlamento a primeira proposição divorcista, sendo esta renovada em 1896 e 1899, porém sem sucesso.<sup>6</sup> Já

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 9.

<sup>4</sup> MASCHIETTO, Fábio, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010 p. 36.

<sup>5</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 9.

<sup>6</sup> MASCHIETTO, Fábio, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010, p. 36.

em 1900, o deputado provincial Martinho Garcez ofereceu no Senado o projeto de divórcio vincular, porém a proposição foi rejeitada.<sup>7</sup>

Aos poucos, começaram a aceitar casos em que o casamento já não podia prosseguir os seus objetivos, independente de culpa de qualquer dos cônjuges. Eram em casos extraordinários, como nos casos de ausência prolongada sem notícias e de demência de um dos cônjuges. Nesses casos, o outro cônjuge, que não tinha culpa do ocorrido, podia pedir a separação independentemente da culpa do outro cônjuge, já que esta era vista como o único remédio para uma situação conjugal em que não havia que averiguar culpas, mas unicamente constatar uma impossibilidade.<sup>8</sup>

Esta impossibilidade do casamento em prosseguir com a sua finalidade, é considerado a base da ideia do divórcio na constatação do fim do vínculo conjugal. O casamento é um instituto destinado a ser instrumento da felicidade para ambos os cônjuges. Se um destes entende que essa felicidade, pelo menos no que lhe diz respeito, já não pode ser obtida, então tem legitimidade para se divorciar; mesmo que as causas que levaram à falência do casamento lhe sejam imputáveis. A ideia de culpa de um dos cônjuges perdeu qualquer significado, para se entender unicamente à situação objetiva factual.<sup>9</sup>

Em 1901 o jurista Clóvis Beviláqua apresentou, após seis meses de trabalho, seu projeto de Código Civil. Duramente criticado pelo então senador Rui Barbosa e por vários juristas, seu projeto sofreu varias alterações ate sua aprovação em 1916. Tal como no direito anterior, permitia-se o término da sociedade conjugal somente por via do desquite, amigável ou litigioso.<sup>10</sup>

A legislação civil inseriu a palavra desquite para identificar e diferenciar da simples separação de corpos. A sentença do desquite apenas autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens, permanecendo, no entanto, o vínculo

---

<sup>7</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 9.

<sup>8</sup> MASCHIETTO, Fábio, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010, p. 36-37

<sup>9</sup> MASCHIETTO, Fábio, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010, p. 37.

<sup>10</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 9.

conjugal. O próprio Clóvis Beviláqua definiu o instituto do desquite como algo que “põe termo à vida em comum, separa os cônjuges, restitui-lhes a liberdade, permite-lhes dirigir-se, como entenderem, na vida, sem que dependa um do outro, no que quer que seja; mas conserva íntegro o vínculo do matrimônio”.<sup>11</sup>

A enumeração taxativa das causas de desquite foi repetida: adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave e abandono do lar conjugal. Além disso, foi mantido o desquite por mútuo consentimento.<sup>12</sup>

Então o Código Civil de 1916 trouxe em seu artigo 315 as seguintes causas do fim da sociedade conjugal: a morte de um dos cônjuges, a nulidade ou anulação do casamento e o desquite. Este artigo dispõe o seguinte:

Art. 315. A sociedade conjugal termina:

- I. Pela morte de um dos cônjuges.
- II. Pela nulidade ou anulação do casamento.
- III. Pelo desquite, amigável ou judicial.

Parágrafo único. O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe aplicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, segunda parte.

O Código de Beviláqua, nos incisos contidos no art. 317, elencou os motivos que poderiam dar ensejo a uma ação de desquite. São eles o adultério, a tentativa de morte, a sevícia ou injúria grave e o abandono voluntário do lar conjugal por dois anos contínuos.

Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em algum dos seguintes motivos:

- I. Adultério.
- II. Tentativa de morte.
- III. Sevícia, ou injuria grave.

---

<sup>11</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 9.

<sup>12</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 9.

#### IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Nos termos do art. 316 do Código Civil de 1916, competia a um dos cônjuges a propositura da ação de desquite. No caso em que algum deles fosse incapaz de exercê-la, seria representado por ascendente ou irmão. A ação proposta, então, seguia os trâmites do rito ordinário.

O movimento divorcista vinha, aos poucos, ganhando força, principalmente entre os congressistas. Com isso, o legislador constitucional se antecipou a uma possível regulamentação infraconstitucional da separação e do divórcio e apresentou, na Constituição de 1934, dispositivo constitucional acerca da indissolubilidade do casamento no Brasil, conforme previsão em seu artigo 144.<sup>13</sup>

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo.

Com o número de defensores da dissolubilidade do vínculo matrimonial crescendo cada vez mais, a Constituição de 1937 manteve a indissolubilidade do casamento sem qualquer grande mudança, sendo seguida pelas Constituições de 1946 e 1967, frustrando, com isso, as expectativas de parte da sociedade, pelo fato de não ter havido a permissão para que se regulamentasse um fato que já vinha ocorrendo na prática, ou seja, a formação de novas famílias pelas pessoas que utilizaram o instituto do desquite.<sup>14</sup>

Ainda na vigência da Constituição de 1946, várias tentativas foram feitas no sentido da introdução do divórcio no Brasil, ainda que de modo indireto. Seria acrescentada uma quinta causa de anulação do casamento por erro essencial, consistente na incompatibilidade entre os cônjuges, com prova de que, decorridos cinco anos da decretação ou homologação do desquite, o casal não restabeleceria a vida

---

<sup>13</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.21.

<sup>14</sup> MASCHIETTO, Fábia, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010, p.37.

conjugal. Foi proposta também a emenda constitucional visando suprimir da Constituição a expressão “de vínculo indissolúvel” do casamento civil.<sup>15</sup>

A Constituição de 1937 trazia em seu artigo 124 a seguinte redação:

Art. 124. A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção do seu encargo.

Já a Constituição de 1946 trouxe a indissolubilidade do vínculo conjugal em seu artigo 163, o qual diz:

Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.

§º1 - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.

Da mesma forma, a Constituição de 1967 reservou o §1º do art. 167 para dispor sobre a indissolubilidade do casamento:

Art. 167. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§1º - O casamento é indissolúvel.

§2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

---

<sup>15</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 10.

§3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.

A Constituição de 1969, outorgada pelos chefes militares, determinou que qualquer projeto de divórcio somente seria possível com a aprovação de emenda constitucional por dois terços de senadores e de deputados. Em 1975 foi apresentada a Emenda Constitucional nº 5 de 12 de março, a qual permitia a dissolução do vínculo conjugal após cinco anos de desquite ou sete anos de separação de fato, não sendo aprovada a referida emenda, pela não obtenção do quórum mínimo exigido.<sup>16</sup>

## **1.2 A INSTITUIÇÃO DO DIVÓRCIO NO BRASIL E A SEPARAÇÃO JUDICIAL**

Em 1977 o divórcio foi instituído no Brasil através da aprovação da Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho, de autoria do senador Nelson Carneiro, a qual alterou o §1º do artigo 175 da Constituição de 1967, tornando o casamento solúvel e propiciando às pessoas divorciadas a possibilidade de um novo casamento. Com isso, o §1º do art. 175 da Constituição de 1967 passou a vigorar com a seguinte redação: “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.<sup>17</sup>

Em 26 de dezembro de 1977, a Emenda Constitucional nº 09 foi regulamentada pela Lei 6.515/77, conhecida como Lei do Divórcio. Esse diploma revogou os artigos 315 a 328 do Código Civil de 1916, inserindo o divórcio definitivamente no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, permitiu, inicialmente, que a pessoa divorciada se casasse apenas mais uma vez e alterou o nome do antigo instituto denominado “desquite” para separação judicial.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> MASCHIETTO, Fábila, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010, p. 38.

<sup>17</sup> MASCHIETTO, Fábila, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010, p. 38.

<sup>18</sup> MASCHIETTO, Fábila, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010, p. 38.

O art. 2º da Lei do Divórcio foi claro ao elencar a separação judicial e o divórcio como causas terminativas da sociedade conjugal:

Art. 2º - A Sociedade Conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

Parágrafo único - O casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio.

O art. 24 da Lei 6.515/77 também conferiu ao divórcio o poder de romper definitivamente o vínculo conjugal entre os cônjuges, possibilitando a contração de novas núpcias, na medida em que se eliminava o impedimento legal.

Art. 24. O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso.

Mesmo com o advento da Lei do Divórcio, a visão matrimonializada da família permaneceu. O desquite transformou-se em separação, passando a existir duas formas de romper o casamento: a separação e o divórcio. Na tentativa de manutenção da família, era exigido o decurso de longos prazos, ou a identificação de um culpado pela separação, o qual não podia intentar a ação para dar fim ao casamento. A perda do direito à percepção de alimentos e a exclusão dos apelidos do marido eram penalidades que atingiam o culpado pela separação. Também se sujeitava a tais penalidades quem simplesmente tomava a iniciativa da ação de separação, mesmo sem a identificação de responsabilidades.<sup>19</sup>

Como visto acima, com o advento do divórcio, surgiram duas modalidades de “descasamento”. Primeiro, as pessoas precisavam se separar. Só depois é que podiam converter a separação em divórcio. A dissolução do vínculo conjugal era autorizada uma única vez. O divórcio direto era possível exclusivamente em caráter emergencial,

---

<sup>19</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito de Família. 8º edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 146.



tanto que previsto nas disposições finais e transitórias. Nitidamente, a intenção era admiti-lo somente para quem já se encontrava separado de fato, quando da emenda da Constituição: 28 de junho de 1977. Era necessário o atendimento cumulativo de três pressupostos: (a) estarem as partes separadas de fato há cinco anos; (b) ter esse prazo sido implementado antes da alteração constitucional; e (c) ser comprovada a causa da separação. A jurisprudência aos poucos emprestou interpretação mais extensiva a esse dispositivo legal. E, não teve jeito, os avanços foram de tal ordem que obrigou a Constituição de 1988 a institucionalizar o divórcio direto, perdendo o caráter de excepcionalidade.<sup>20</sup>

### **1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Após a Lei do Divórcio, uma nova modificação nos institutos do divórcio e da separação só veio ocorrer com a Constituição de 1988. Além de manter o caráter dissolúvel do vínculo conjugal como preceito constitucional, a Carta Magna trouxe os casos em que esse vínculo pode ser dissolvido, como observamos no §6º do seu artigo 226:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

...

§6. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, comprovada a separação de fato por mais de dois anos.

O caráter excepcional do divórcio perdurou até o advento da Constituição Federal de 1988 que, a partir de sua sólida base garantista e de sua preocupação com a tutela avançada da pessoa humana, facilitou a quebra do vínculo matrimonial, quando cessado o afeto. Diminuiu-se o lapso temporal para o divórcio por conversão, precedido de separação (fixando o prazo em um ano) e criou-se um novo modelo dissolutório do

---

<sup>20</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito de Família. 8º edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 295.

vínculo de casamento, o chamado divórcio direto, submetido a um prazo de dois anos se separação de fato.<sup>21</sup>

O divórcio por conversão, também chamado de divórcio indireto, decorre da prévia separação por mais de um ano. Esta separação pode ter sido obtida em juízo (por procedimento consensual ou litigioso) ou por escritura pública. Muito embora não exista expressa previsão, é de se exigir que a decisão judicial que concedeu a separação já tenha transitado em julgado ou que a escritura pública tenha sido registrada, sob pena de inexistir o que ser convertido em divórcio.<sup>22</sup>

O divórcio direto decorre de uma situação concreta, qual seja a separação de fato há mais de dois anos. Nada mais é do que o reconhecimento da ruptura do casamento pela cessação do afeto, demonstrando pela continuidade de uma situação fática durante um determinado lapso temporal. Exige-se que o prazo de dois anos de separação de fato seja ininterrupto, contínuo. Logo, a eventual reconciliação do casal, retomando a vida conjugal, importará, automaticamente, em interrupção do prazo, que somente voltará a fluir quando o casal novamente estiver separado de fato. Pontue-se, de qualquer sorte, que não implicará retomada da convivência, a ocorrência de meros encontros esporádicos, sem a intenção de constituir nova convivência.<sup>23</sup>

Do mesmo modo que a separação, tanto o divórcio por conversão, quanto o direto, admitem a forma procedimental consensual ou litigiosa. Se consensual, seguirá o procedimento da separação consensual (CPC, arts. 1.120 a 1.124), submetendo-se a um rito de jurisdição voluntária. Se litigiosa, seguirá o procedimento comum ordinário.<sup>24</sup>

A Carta Magna de 1988 impôs uma nova realidade, acabando por produzir profunda revolução na própria estrutura social. Tornou-se tão saliente o novo perfil da sociedade, que a Constituição de 1988 alargou o conceito de família para além do

---

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris. 2010, p. 405.

<sup>22</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris. 2010, p. 413.

<sup>23</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris. 2010, p. 417.

<sup>24</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris. 2010, p. 411.

casamento. Passou a considerar outros relacionamentos como entidade familiar. Foi assegurada especial proteção tanto aos vínculos monoparentais – formados por um dos pais com seus filhos – como à união estável – relação de um homem e uma mulher não sacralizada pelo matrimônio (CF 226 §3º). Com isso deixou de ser o casamento o único marco a identificar a existência de uma família.<sup>25</sup>

Em 17 de outubro de 1989, foi criada a Lei nº 7.841 de 17 de outubro de 1989, na qual a principal inovação trazida foi a revogação do artigo 38 da antiga lei do Divórcio, excluindo a restrição numérica do pedido do divórcio. O fato é que a separação judicial foi instituída como uma fase intermediária para a dissolução definitiva do casamento, como se fosse um estágio para saber se realmente era essa a vontade dos ex-cônjuges.<sup>26</sup>

Essa nova lei teve como objetivo principal adaptar a Lei do Divórcio às inovações trazidas ao nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, fazendo com que houvesse a adaptação da Lei 6.515/77 quanto ao tempo exigido para a conversão da separação em divórcio e para o divórcio direto, e, ao revogar o artigo 38 desta Lei, eliminou a restrição à possibilidade de divórcios sucessivos.<sup>27</sup>

Além de revogar o artigo 38 da Lei 6.515/77, a Lei nº 7.841/89 também alterou os artigos 36 e 40 desta Lei e revogou §1º do art. 40. A modificação no art. 36 serviu para instituir o prazo de um ano após prévia separação judicial para obtenção da conversão da separação em divórcio. Este dispositivo passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 36. Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção.

Parágrafo único – A contestação só pode fundar-se em:

I - falta do decurso de *1 (um)* ano da separação judicial

II - descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente da separação.

---

<sup>25</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito de Família. 8º ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

<sup>26</sup> MASCHIETTO, Fábio, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010, p. 38.

<sup>27</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 10.

Já a alteração do art. 40 referiu-se aos dois anos decorridos de separação de fato entre os cônjuges para que fosse alcançado o divórcio direto:

Art. 40. No caso de separação de fato, e desde que completados 2 (dois) anos, consecutivos, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual deverá ser comprovada decurso do tempo para a separação.

Três anos depois, a Lei 8.408/92 veio atualizar, de acordo com a Constituição de 1988, alguns dispositivos da Lei 6.515/77 que não foram atualizados pela Lei 7.841/89. Foram eles o §1º do art. 5º e todo o art. 25 da Lei do Divórcio.

No §1º do art. 5º foi inserido apenas um novo lapso temporal como pressuposto para a propositura da ação de separação judicial com base na ruptura da vida conjugal. A exigência de cinco anos da Lei 6.515/77 foi substituída pelo exíguo prazo de um ano de ruptura da vida em comum. A antiga redação deste artigo trazia o seguinte:

Art. 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum.

§ 1º - A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.

Com a mudança, a nova redação do §1º do artigo 5º da Lei 6.515/77 ficou o seguinte:

§1º. A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição.

O art. 25 da Lei do Divórcio, por sua vez, sofreu muitas modificações. Além da alteração do prazo requerido para a conversão da separação judicial em divórcio de três para um ano no *caput*, foram adicionados ao dispositivo o seu parágrafo único e três incisos:<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris. 2010, 413.

Art. 25. A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de um ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

Parágrafo único. A sentença de conversão determinará que a mulher volte a usar o nome que tinha antes de contrair matrimônio, só conservando o nome de família do ex-marido se alteração prevista neste artigo acarretar:

I - evidente prejuízo para a sua identificação;

II - manifesta distinção entre o seu nome de família e dos filhos havidos da união dissolvida;

III - dano grave reconhecido em decisão judicial.

Todas essas mudanças mostram uma maior flexibilidade legal ao longo do tempo em relação à dissolução do matrimônio.

## **1.4 O CÓDIGO CIVIL DE 2002**

O novo Código Civil entrou em vigor no ano de 2002. Este novo Código trouxe em seu conteúdo todas as normas relativas à separação e ao divórcio. Com isso, as disposições contidas na Lei do Divórcio referentes ao direito material foram revogadas, restando em vigor apenas as normas de direito processual e as normas que não foram mencionadas no Código Civil.

A autora Fábيا Maschietto aduz que:

O Código Civil de 2002 manteve o mesmo sentido da Constituição Federal de 1988, prevendo a questão da separação judicial ou separação de fato como requisito para o pedido de divórcio.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> MASCHIETTO, Fábيا, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010

Já os autores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam o seguinte:

O novo Código de 2002 foi acanhado ao tratar da matéria em questão, limitando-se a fazer referência à disciplina da matéria do modo previsto constitucionalmente, sem qualquer inovação<sup>30</sup>

A doutrinadora Maria Berenice Dias explica o seguinte:

Este novo código, de forma displicente, copiou os dispositivos da legislação anterior. Não modernizou sequer a linguagem – basta ver o vocabulário utilizado no ato da celebração do casamento (CC 1.535): *De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.*<sup>31</sup>

Ainda segundo a autora:

Limitou-se o codificador a incorporar a legislação que regulava as uniões estáveis e esqueceu as famílias monoparentais. Assim, no atual estágio da sociedade, soa bastante conservadora a legislação que, em sede de direito das famílias, limita-se a regulamentar, de forma minuciosa e detalhada, exclusivamente o casamento, como se fosse o destino de todos os cidadãos.<sup>32</sup>

Trazendo o mesmo conteúdo presente no art. 2º da Lei do Divórcio, o atual Código Civil dispõe em seu art. 1.571 as causas que implicam o fim da sociedade conjugal.

Uma novidade está no §1º do artigo citado acima, no qual o legislador, ao colocar o divórcio e a morte de um dos cônjuges como motivos causadores do fim da extinção do casamento, inclui nesse rol a morte presumida de um dos cônjuges. Este dispositivo expressa o seguinte:

---

<sup>30</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Rosenvald, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Lumem Juris. 2010, p. 406.

<sup>31</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito de Família. 8º ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

<sup>32</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito de Família. 8º ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 147.

Art. 1571. A sociedade conjugal termina:

I – pela morte de um dos cônjuges;

II – pela nulidade ou anulação do casamento;

III – pela separação judicial;

IV – pelo divórcio.

§1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida nesse Código quanto ao ausente.

Assim como na Lei do Divórcio, o novo Código Civil manteve as normas referentes à separação por mútuo consentimento e à separação litigiosa, bem como as normas acerca da conversão da separação em divórcio e do divórcio direto.

## **1.5 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 2010**

Após todas as inovações no nosso ordenamento jurídico em relação ao fim do vínculo conjugal, principalmente com a Constituição Federal de 1988, ainda existiam várias restrições e entraves impostos à concessão do divórcio, ainda que algumas mudanças tenham amenizados certos requisitos.<sup>33</sup>

A separação, ainda que consensual, só podia ser obtida depois de um ano do casamento. A separação litigiosa dependia da identificação de culpados, e somente o “inocente” tinha legitimidade para ingressar com a ação. Depois, era necessário aguardar um ano para converter a separação em divórcio. Já o divórcio direto estava condicionado ao prazo de dois anos da separação de fato. Todos esses artifícios pretendiam desestimular o fim do casamento.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 24.

<sup>34</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 13.

Mesmo que antes desse prazo tivesse acabado o vínculo afetivo, e o casal não mais convivesse sob o mesmo teto, a lei obrigava que o status de casado fosse mantido, com o intuito de que os cônjuges se arrependessem do impensado ato, fazendo com que esse período fosse um período de reflexão do casal.<sup>35</sup>

Todos esses obstáculos em relação ao fim do casamento, trazidos pelo legislador antes Emenda nº 66 de 2010, só faziam manter uma relação que na grande maioria dos casos já não tinham mais afeto algum. Por isso, a maioria da doutrina e parte da jurisprudência formava uma corrente para que houvesse mudanças em relação a essa lei do divórcio.<sup>36</sup>

Para se ter uma ideia dos obstáculos que eram impostos, antes havia a possibilidade de o juiz recusar a homologação da separação consensual, se apurasse que a convenção não preservava suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. Esse poder discricionário conferido ao magistrado chama-se “cláusula de dureza”. Hoje, cláusulas referentes à guarda dos filhos, ao regime de visitação ou verba alimentar, que não atendam aos interesses destes, é que podem sofrer a intervenção judicial, mas não se pode criar barreiras ao decreto de divórcio dos pais.<sup>37</sup>

Entretanto, com o advento da possibilidade de o divórcio ocorrer por meio de escritura pública, o tabelião tem o direito de, fundamentalmente, negar-se a lavrar a escritura caso visualize insegurança ou indícios de prejuízo quanto a um dos cônjuges.<sup>38</sup>

Com isso, com a aprovação da PEC 28 de 2009, entrou em vigor em 14 de julho de 2010 a Emenda Constitucional nº 66, a qual deu uma nova redação ao art. 226, § 6º da Constituição Federal.

---

<sup>35</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

<sup>36</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 26.

<sup>37</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 80.

<sup>38</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 82.



A antiga redação desse parágrafo da nossa Constituição dizia que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”. Com a EC 66/2010, o dispositivo citado ficou o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

Com a alteração acima, foram eliminados os prazos e a perseguição das causas da dissolução da sociedade conjugal. Agora qualquer dos cônjuges pode buscar o divórcio sem precisar declinar motivos, provar causas ou aguardar prazos.<sup>39</sup>

Igualmente desapareceu o período de tempo em que as pessoas não são mais casadas, mas não podem casar novamente. Para isso precisavam converter a separação em divórcio. Essa era a insustentável situação dos separados judicialmente. O casamento estava rompido, mas não tinha acabado, apesar de persistirem os deveres matrimoniais. Como não podiam casar, precisavam viver em união estável. E, enquanto não dissolvido o vínculo conjugal, não havia como atender à recomendação constitucional de transformar a união estável em casamento.<sup>40</sup>

Uma inovação é que agora ele pode ser requerido a qualquer tempo, quer de forma consensual, quer por meio da ação litigiosa. Se o divórcio for consensual, ele pode ser obtido sem a intervenção judicial, sendo possível levá-lo a efeito extrajudicialmente perante um tabelião. Porém isso só é admitido se não houver filhos menores ou incapazes, casos em que a via judicial é indispensável.<sup>41</sup>

A demanda do divórcio é personalíssima, sendo sempre exigida a presença dos cônjuges, quer na demanda judicial quer quando levado a esfera extrajudicial, sendo que as partes precisam ser capazes. Já que se trata de um negócio jurídico, é possível

---

<sup>39</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 27.

<sup>40</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

<sup>41</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 94.

que os cônjuges se façam representar por procurador com poderes específicos para o ato, outorgados por escritura pública.<sup>42</sup>

Agora as pessoas ainda que casadas ou separadas de fato, de corpos, separadas judicial ou extrajudicialmente, podem pedir imediatamente a decretação do divórcio sem haver a necessidade de aguardar o decurso de qualquer prazo. Nem é necessário esperar um ano do casamento para ser buscada a sua dissolução.

A mudança da norma constitucional estudada acima gerou consequências em algumas normas infraconstitucionais, como em relação ao estado civil, entre outras. Estes normas são temas de discussão nas demandas de divórcio.<sup>43</sup>

Em relação ao estado civil, quem se encontra separado judicialmente deve continuar assim se qualificando. As pessoas que já se encontravam separadas judicialmente antes da alteração constitucional permanecem com essa mesma condição, uma vez que não houve a transformação automática do estado civil de separado para divorciado. No caso de morte de um dos cônjuges, se o que sobreviveu estava separado judicialmente, este será considerado viúvo, pois a separação judicial não põe fim ao vínculo matrimonial. No caso de o cônjuge sobrevivente ter estado na condição de divorciado em relação ao cônjuge falecido, este permanecerá com o estado civil de divorciado, pois o divórcio põe fim ao matrimônio.<sup>44</sup>

No que diz respeito à partilha de bens, esta não precisa ser levada a discussão no divórcio. No entanto, se foi homologada, não cabem alterações posteriores. Se outros bens forem descobertos, em vez de se desconstituir a partilha, procede-se a sobrepartilha. Esses pedidos devem ser formulados em ação autônoma, embora não haja impedimento para que sejam veiculados nos mesmos autos.<sup>45</sup>

Sobre a parte processual, com a EC 66 os procedimentos ficaram os seguintes: na via judicial nenhum fundamento precisa ser declinado para a propositura da ação de divórcio e nem é necessário a indicação de testemunhas para comprovar o decurso do

---

<sup>42</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 92.

<sup>43</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.61.

<sup>44</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 167.

<sup>45</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 126-129.

prazo de separação de fato por dois anos. Inexistindo filhos menores ou incapazes, não é necessária a realização da audiência de conciliação, pois a intervenção do Ministério Público não é obrigatória e o juiz não pode negar a homologação do pedido.<sup>46</sup>

Na hipótese de ser designada audiência, as partes podem ser representadas por procurador. Na via extrajudicial, onde é lavrado o divórcio consensual, igualmente é dispensável apresentar declaração de testemunhas. Basta a presença dos cônjuges acompanhados de advogado para lavratura da escritura. Existindo filhos menores ou incapazes, ainda que haja consenso com referência a todos os pontos, o casal não pode optar pelo uso da via administrativa para buscar a dissolução do casamento. Não havendo a concordância de ambos com o divórcio, o tabelião não pode elaborar a escritura da separação. O ato é nulo.<sup>47</sup>

É indispensável que na ação de divórcio fique decidido sobre a guarda dos filhos menores ou incapazes, o valor dos alimentos e o regime de visitas. E, depois de decretado o fim do casamento, nada impede que um dos cônjuges busque a alteração de alguma das cláusulas do acordo.

Como pode ser visto, com a EC 66/2010, houve a implementação do princípio da menor intervenção estatal, que traz consigo o reconhecimento de que as pessoas são responsáveis e devem se responsabilizar por suas escolhas amorosas.<sup>48</sup>

Como toda inovação, a Emenda Constitucional 66 de 2010 trouxe consigo divergências de opiniões, tanto de doutrinadores, quanto jurisprudenciais. Há pessoas que criticam essa nova norma constitucional, outras que idolatram essa inovação em nosso ordenamento jurídico.<sup>49</sup>

A parte que apóia essa inovação no nosso sistema jurídico, diz que o fato dessa mudança por fim a obrigação de imputação de um culpado nas ações de divórcio litigioso e pelo fato de pôr fim aos prazos antes necessários para que fosse possível o pedido de divórcio, houve uma libertação dos ex-cônjuges perante a sua própria relação

---

<sup>46</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito de Família. 8º ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 162.

<sup>47</sup> DIAS, Maria Berenice, Manual de Direito de Família. 8º ed., São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 162-163.

<sup>48</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio. Teoria e Prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 24.

<sup>49</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.29.

que chegara ao fim e em relação ao Estado também. Isso porque, com o banimento desses obstáculos impostos pelo legislador para a obtenção do divórcio, há uma menor interferência do Estado na vida dessas pessoas. Além disso, com o fim dos prazos e a possibilidade de se decretar o divórcio direto, há uma ruptura imediata de um laço que não existe mais, fazendo com que o desgaste entre os cônjuges separados não se agravasse ainda mais por causa das limitações antes impostas, fazendo com que estes fiquem livres desse tormento de forma rápida. Já que para quem defende esta tese, o que importa em um relacionamento matrimonial é o afeto entre as partes, e no momento em que algum cônjuge pleiteia o fim da relação, é porque esse laço que prendia ambos já não existe mais.<sup>50</sup>

A maioria que critica a nova Emenda se deixa influenciar principalmente pela corrente religiosa. Estes argumentam que com a possibilidade do divórcio direto, muitos requererão o divórcio no calor da emoção. Por isso defendem os prazos que existiam, pois para eles esse era um momento de reflexão de ambos os cônjuges se era necessário o fim do matrimônio ou não.<sup>51</sup>

A principal divergência de opiniões trazida pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010 diz respeito ao instituto da separação judicial, previsto nos arts. 1.572 e seguintes do CC 02. Isso porque parte da doutrina diz que a nova norma revogou este instituto, mesmo não trazendo isto expressamente. Enquanto a outra parte sustenta que este instituto ainda existe após a mudança na norma constitucional.<sup>52</sup>

Isso é importante, pois a decisão sobre a revogação ou não do instituto da separação judicial gera consequências em outras normas referentes ao casamento, em especial à dissolução do vínculo conjugal, como por exemplo, se ainda há ou não a possibilidades de declinar culpa a um dos cônjuges para o fim do matrimônio.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.27-28.

<sup>51</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 28.

<sup>52</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.29-30.

<sup>53</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.29-30.

Apesar de a grande maioria dizer que o instituto da separação judicial chegou ao fim no ordenamento jurídico brasileiro, a parte que fala que isso não ocorreu, que esse instituto ainda existe, vem ganhando adeptos a cada dia.

## **2. FIM DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL**

### **2.1 DOUTRINA**

O advento da Emenda Constitucional nº 66 de 2010 levantou a questão de saber se a alteração da redação do art. 226, §6º da CF importou na eliminação do requisito da separação judicial para a obtenção do divórcio, ou se significou também o fim mesmo do instituto, e a consequente revogação das normas que o disciplinam.

Como foi exposto, a maior parte dos doutrinadores e juízes defendem que este instituto chegou ao fim, no momento em que o termo “separação judicial” foi retirado da nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, ocorrendo com isso uma revogação tácita.

A corrente que defende o fim da separação judicial argumenta que a legislação infraconstitucional não pode ter uma força normativa maior que a própria constituição. Então se a EC 66/2010 retirou de seu corpo a separação judicial, não se pode mantê-la em legislação infraconstitucional.<sup>54</sup>

Há corrente que entende que não houve a extinção da separação judicial da nossa organização jurídica. Entretanto, o entendimento majoritário diz que a Constituição extirpou totalmente de seu corpo normativo a única referência que se fazia à separação judicial. Portanto, ela não apenas retirou os prazos, mas também o requisito obrigatório ou voluntário da prévia separação judicial ao divórcio por conversão. Se alguém insistir em se separar judicialmente, após a Emenda Constitucional 66/2010, não poderá transformar mais tal separação em divórcio, se o quiser, terá que propor o divórcio direto. As outras possíveis argumentações contrárias são de ordem moral e religiosa.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio. Teoria e Prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 29.

<sup>55</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio. Teoria e Prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 28.

Maria Berenice Dias<sup>56</sup> destaca que:

Com a aprovação da EC 66/10, a separação desapareceu do sistema jurídico. Ainda que permaneçam no Código Civil os dispositivos que regiam o instituto (CC 1.571 a 1.578), tal não significa que persista a possibilidade de alguém buscar somente o “término” do casamento, quer judicial quer extrajudicialmente. Agora só é possível pleitear a dissolução do casamento via divórcio. Com isso, o jeito de atender ao desejo de quem não quer se divorciar é fazer uso da separação de corpos, que põe fim aos deveres do casamento, rompe o regime patrimonial, mas mantém hígida a sociedade conjugal. O pedido pode ser levado a efeito de modo consensual ou por iniciativa de somente um dos cônjuges. Por mútuo acordo não se trata da medida cautelar, mas de procedimento de jurisdição voluntária. Não havendo filhos menores ou incapazes, a separação de corpos pode inclusive ser levada a efeito através de escritura pública.

Já a doutrinadora Maria Luiza Póvoa Cruz<sup>57</sup> nos diz que ficou banido do nosso ordenamento jurídico a separação judicial, seja de forma judicial (artigos 1.571 e segs. do Código Civil), como também extrajudicial (Lei 11.441/2007), já que a força normativa da Constitucional Federal é norma-regra e independente de normas infraconstitucionais. E, considerando que a Constituição Federal retirou do ordenamento jurídico a dissolução da sociedade conjugal, pela separação judicial, não podem prevalecer normas do Código Civil, ou de qualquer outra legislação infraconstitucional, no tocante à separação judicial.

O autor Rodrigo da Cunha Pereira<sup>58</sup> aduz que:

A interpretação da legislação infraconstitucional deve ser compatível com a Constituição Federal. Vê-se, portanto, mais uma razão da desnecessidade de se manter o instituto da separação judicial, pois, ainda que se admitisse a sua sobrevivência, a norma constitucional

---

<sup>56</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>57</sup> CRUZ, MARIA Luiza Póvoa, Separação, Divórcio e Inventário por via administrativa. 4ªed. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2011.

<sup>58</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio. Teoria e Prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010, p. 29.

permite que os cônjuges atinjam seu objetivo com muito mais simplicidade e vantagem.

Em um mesmo pensamento, a doutrinadora Fábia Maschietto<sup>59</sup> explica que segundo a PEC 413/2005, o advento da EC 66/10 suscitou a questão de saber se a alteração do texto constitucional importou apenas na eliminação do requisito da separação judicial para a obtenção do divórcio, ou se significou também o fim mesmo do instituto, e a consequente revogação das normas que o disciplinam. Da justificativa da citada PEC, não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Outros autores que defendem a revogação da separação judicial são Caetano Lagrasta Neto, Flávio Tartuce e José Fernando Simão. Eles afirmam que até a introdução da Lei do Divórcio de 1977 no Brasil, diante da impossibilidade do divórcio, existia no ordenamento jurídico o desquite, o qual permitia o fim da sociedade conjugal e não do vínculo, razão pela qual os desquitados não poderiam se casar. Até esse momento, o desquite era considerado um fim em si, pois permitia aos cônjuges que, apesar da manutenção do vínculo, houvesse o fim dos deveres conjugais e do regime de bens.<sup>60</sup>

Com a entrada em vigor do divórcio no país, o nome desquite muda para separação judicial e perde a qualidade de “um fim em si”, pois, com a introdução do divórcio, a separação judicial passou a ser uma etapa para o fim do casamento, já que o art. 226, § 6º da Constituição de 1988 não permitia que os cônjuges buscassem o divórcio a qualquer tempo. Os prazos de um ano (para a conversão da separação em divórcio) e de dois anos (de separação de fato para o divórcio direto) presentes na CF

---

<sup>59</sup> MASCHIETTO, Fábia, Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010, p. 116.

<sup>60</sup> LAGRASTA NETO, Caetano. Direito de Família: Novas Tendências e Julgamentos Emblemática. Editora Atlas. São Paulo, 2011. Pág. 100



88 até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66 indicavam que a separação, como um meio em si, tinha sua lógica e seu valor amparados na Constituição.<sup>61</sup>

Eles continuam explicando que, com a EC nº 66/2010, o valor contido na norma constitucional mudou, pois os prazos impostos pela Constituição desaparecerão do sistema. Com isso, o fim do divórcio passou a poder ser atingido sem o meio separação judicial, que desaparece do sistema por ser incompatível com o novo valor da norma constitucional.<sup>62</sup>

## 2.2 JURISPRUDÊNCIA

A grande questão em saber se a Emenda Constitucional nº 66 de 2010 revogou ou não o instituto da separação judicial também atingi nossos tribunais. Em um julgamento realizado no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o desembargador Nagib Slaibi trouxe o seguinte entendimento:

0374116-18.2008.8.19.0001 - APELACÃO

DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 25/08/2010 - SEXTA CAMARA CIVEL

Direito Processual Civil. Embargos de declaração. Alegação de omissão, contradição e obscuridade. Descabimento. Direito de Família. Ação de Conversão de separação em divórcio. Procedência do pedido. Recurso. Alegação de descumprimento do acordo. Irrelevância. Para a decretação do divórcio é irrelevante o descumprimento do acordo que deverá ser executado pelas vias próprias. Emenda Constitucional nº 66/2010. Fim dos requisitos para decretação do divórcio. Provimento do apelo."Felizmente este verdadeiro calvário chega ao fim. A mudança provoca uma revisão de paradigmas. Além de acabar com a separação e eliminar os prazos para a concessão do divórcio, espanca definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias. Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim." (DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já! Editora

---

<sup>61</sup> LAGRASTA NETO, Caetano. Direito de Família: Novas Tendências e Julgamentos Emblemática. Editora Atlas. São Paulo, 2011, p. 100.

<sup>62</sup> LAGRASTA NETO, Caetano. Direito de Família: Novas Tendências e Julgamentos Emblemática. Editora Atlas. São Paulo, 2011, p. 101.

Magister - Porto Alegre. Data de inserção: 09/07/2010. Disponível em: [www.editoramagister.com](http://www.editoramagister.com)). Desprovemento do recurso.<sup>63</sup>

No mesmo sentido dispôs a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em um julgado realizado em 19 de abril de 2012:

Apelação Cível n. 2011.039649-3, de São Bento do Sul

Relatora: Des<sup>a</sup>. Subst<sup>a</sup>. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL E PARTILHA DE BENS. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EMENDA CONSTITUCIONAL 66 QUE PÔE POR TERRA O PLEITO INICIAL. RECURSO REQUERENDO REFORMA DO DECISUM COM ABERTURA DE PRAZO PARA EMENDA DA EXORDIAL E ADEQUAÇÃO DO PEDIDO, EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. PARECER MINISTERIAL PELO IMPROVIMENTO RECURSAL. RECURSO DESPROVIDO.

(...)

VOTO

A questão posta não reclama a discussão sobre ter, a emenda Constitucional 66, eliminado a separação no Direito Brasileiro, caracterizado, até então, por um procedimento dualista, em que o divórcio, como regra, deveria ser precedido pela separação judicial ou pela quebra dos laços afetivos por determinado período, de forma a revelar o rompimento definitivo.

E não reclama ingressar nesta seara justamente porque a parte admite que já não existe o instituto da separação, o que implica reconhecer, ela própria, com juridicamente impossível o pedido formulado na inicial.

Basta ver que o recurso é destinado exclusivamente a permitir a emenda.

Registre-se que o caso concreto difere, também, das hipóteses em que as ações de separação foram atropeladas pela EC 66, quando, então, indispensável que às partes fosse oportunizado adequar o pedido, dentro, lógico, da óptica de que a referida emenda teria levado a cabo o instituto da separação.

No caso concreto os apelante reconhecem o acerto do julgado no que se refere a impossibilidade jurídica do pedido, tanto que pretende apenas oportunidade para adequar a inicial, e, dentro desta realidade, ainda que a ninguém venha aproveitar a extinção do feito, o recurso não merece provimento.

---

<sup>63</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0374116-18.2008.8.19.0001. Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 25 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://webserver2.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000130430>>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

E é exatamente assim a solução para o caso, votando-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso, ante a impossibilidade jurídica do pedido que fulminou a exordial de separação.<sup>64</sup>

Já em um julgado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a seguinte decisão foi exposta:

Número do processo: 1.0079.08.405935-5/001

Númeração Única: 4059355-12.2008.8.13.0079

Relator: Des.(a) BITENCOURT MARCONDES

Relator do Acórdão: Des.(a) FERNANDO BOTELHO

Data do Julgamento: 24/02/2011

Data da Publicação: 11/05/2011

AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. DESNECESSIDADE DE AFERIÇÃO DE CULPA OU LAPSO TEMPORAL. PARTILHA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1) Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/10, para a extinção do vínculo conjugal não mais se discute sobre separação sanção ou falência, portanto, considerando a norma inserta no artigo 462 do Código de Processo Civil, para a decretação da separação, não há mais necessidade dos requisitos tempo ou culpa, sob pena de rematada incoerência na medida em que, se para o divórcio, que extingue o vínculo conjugal, não há qualquer requisito, com muito mais razão não se pode exigir qualquer requisito para a separação.

V.V.P.

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA IMEDIATA. CARÊNCIA SUPERVENIENTE DA AÇÃO. EXTINGUIR, DE OFÍCIO, A AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - A separação judicial não é mais possível em nosso ordenamento jurídico devido à promulgação da Emenda Constitucional nº 66/10, norma de eficácia imediata, razão pela qual deve ser extinta a ação, por impossibilidade jurídica superveniente da demanda. (...) <sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.039649-3. Primeira Câmara de Direito Civil. Relatora: Des<sup>a</sup>. Subst<sup>a</sup>. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Santa Catarina, 19 de abril de 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20110396493>>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

<sup>65</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0079.08.405935-5/001. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Minas Gerais, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.08.4059355%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

## 2.3 CONSEQUÊNCIAS

O fim da separação judicial, segundo os doutrinadores que seguem essa corrente, causou mudanças em alguns fatos do nosso ordenamento jurídico. No que diz respeito ao estado civil, quem se separou judicial ou extrajudicialmente antes de 14 de julho de 2010, mantém a condição de separado judicialmente. A sociedade conjugal permanece somente rompida, não tendo ocorrida a automática dissolução do vínculo conjugal. Ou seja, mesmo com o fim do instituto da separação, persiste o estado civil de separado, não ocorrendo a alteração automática para o estado civil de divorciado.<sup>66</sup>

Sobre as ações cujos pedidos envolvem o instituto da separação, Maria Berenice Dias diz que a EC 66/2010 pôs fim a todas as demandas de separação judicial, sejam consensuais ou litigiosas, tramitando em juízo ou requeridas extrajudicialmente. Toda e qualquer pretensão de obter a separação judicial não tem como prosperar.<sup>67</sup>

A partir desse fato, o pedido de separação judicial tornou-se juridicamente impossível. A novidade atinge todos os processos em andamento. As ações de separação perderam o objeto por impossibilidade jurídica do pedido. Não podem seguir tramitando demandas que buscam uma resposta não mais contemplada no ordenamento jurídico. Não há como o juiz proferir sentença cancelando situação não mais existente no sistema jurídico.<sup>68</sup>

Não há a necessidade da alteração da ação de separação judicial para divórcio ser requerido pelas partes. Cabe ao juiz dar-lhes ciência da impossibilidade de seguimento da separação e da possibilidade de o pedido ser transformado em divórcio. Caso os cônjuges silenciem, significa concordância em que a ação prossiga para a concessão do divórcio. A eventual discordância de uma das partes não impede a dissolução do casamento. Exclusivamente na hipótese de haver expressa oposição de ambos os separandos é que não caberá a concessão do divórcio. Mas neste caso deve

---

<sup>66</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.167.

<sup>67</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

<sup>68</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

o juiz decretar a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido, pois não há como preferir sentença chancelando direito não mais previsto em lei.<sup>69</sup>

## 2.4 O FIM DA CULPA

A mudança importante, segundo a doutrina que defende o fim da separação judicial, é que quando somente um do par desejasse a separação, tinha que atribuir a culpa pelo fim da união ao outro cônjuge (imputando a este conduta desonrosa ou a prática de ato que importasse grave violação dos deveres matrimoniais, ou também deveria demonstrar que tais posturas tornaram insuportável a vida em comum) ou comprovar a ruptura da vida em comum há mais de um ano. O único jeito de “o culpado” pleitear a separação era esperar o decurso de um ano da separação de fato. Decretada a separação, era preciso volver a juízo para convertê-la em divórcio.<sup>70</sup>

O juiz ao fixar os pontos controvertidos, impedia a discussão a respeito dos motivos do fim do casamento. Com a revogação do instituto da separação judicial, o fim do casamento passou a ser concedido independentemente da indicação de um responsável pelo insucesso da relação, seja porque é difícil atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo, seja porque é absolutamente indevida a intromissão da justiça na intimidade da vida das pessoas. Ao Estado só cabe não se opor e dar por findo o casamento.<sup>71</sup>

Maria Berenice Dias<sup>72</sup> explica que:

A determinação de um culpado gerava duas conseqüências. A primeira é que caso o cônjuge que adotou o nome do outro ao casar fosse reconhecido como “culpado”, só poderia permanecer assim se identificando se não houvesse expressa oposição do cônjuge que lhe emprestara o sobrenome. Caso contrário, era preciso comprovar a

---

<sup>69</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 137.

<sup>70</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, 61-67.

<sup>71</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 61-67.

<sup>72</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65.

possibilidade de dano à sua identidade ou à identificação com os filhos. Do mesmo modo, o cônjuge culpado só fazia jus a alimentos quando não tivesse aptidão ao trabalho e nem parentes que pudessem suprir suas necessidades. Ainda assim o valor dos alimentos limitava-se ao indispensável à sobrevivência. Entretanto, com a EC 66, ambas as regras restaram revogadas (BERENICE DIAS, 2010).

A autora ainda afirma que a necessidade de declinar as causas do rompimento do vínculo afetivo como pressuposto para a propositura da ação de separação evidenciava o interesse do legislador na manutenção dos sagrados laços do matrimônio. Punia quem dele se afastava. A penalização não era só de ordem patrimonial. Além de permitir o achatamento do valor dos alimentos, afetava o próprio direito à identidade. Caso o culpado tivesse adotado o nome do outro, ficava à mercê da vontade dele para continuar usando o nome com o qual havia passado a ser reconhecido a partir do casamento.<sup>73</sup>

Para esses autores, o instituto da culpa no âmbito do Direito das Famílias persiste tão só em duas hipóteses: nas ações de anulação do casamento, como forma de preservar a boa-fé dos cônjuges; e na quantificação do valor dos alimentos, que se limita ao indispensável para garantir a sobrevivência, quando fixado a favor de quem deu a causa à situação de necessidade. Mas em nenhuma dessas hipóteses se cogita da culpa pelo fim do matrimônio.<sup>74</sup>

Além disso, explicam que o fim da culpa em relação ao desfazimento do matrimônio não exclui a possibilidade de ser requisitada indenização por danos morais, materiais ou estéticos advindos de ato ilícito comprovado. Caso o cônjuge tenha sido lesado em seus direitos e quiser discutir esse fato, deve fazer por meio de ação própria, já que na discussão da dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio não cabe nenhuma alegação de culpa ou responsabilidade.<sup>75</sup>

Maria Berenice Dias<sup>76</sup> aduz que:

---

<sup>73</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 65-67.

<sup>74</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 68-69.

<sup>75</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio. Teoria e Prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010,

<sup>76</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 69.

O dever de fidelidade recíproca e de manutenção de vida em comum entre os cônjuges não significam obrigação de natureza sexual, ou seja, não justificam indenização obrigatória por dano moral. Quanto a violação dos demais deveres do casamento, com adultério, abandono de lar, condenação criminal e conduta desonrosa, que serviam de motivação para a ação de separação, não geram, por si sós, obrigação indenizatória. Porém, a doutrina sustenta que, se tais posturas, ostentadas de maneira pública, comprometeram a reputação, a imagem e a dignidade do par, cabe a indenização por danos morais. No entanto é necessária a comprovação dos elementos caracterizadores da culpa (dano, culpa e nexo causal). Quando o dano decorrer de natureza ilícita, sempre gerará indenização. Os alimentos, por exemplo, não advêm de ato ilícito, então não pode ser considerado um tipo de condenação por dano moral.

O fim da culpa em relação ao divórcio não se confunde com a culpa em relação a atos ilícitos cometidos por qualquer dos cônjuges durante o casamento, e nem com as causas de nulidade e anulabilidade previstas no Código Civil de 2002. Caso o cônjuge tenha sido lesado em seus direitos e quiser discutir esse fato, deve fazer por meio de ação própria, já que na discussão da dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio não cabe nenhuma alegação de culpa ou responsabilidade.

O doutrinador Rodrigo Pereira da Cunha<sup>77</sup> ensina o seguinte:

A nova redação do artigo 226, §6º, da Constituição de 88, consolidando a evolução doutrinária e jurisprudencial ao eliminar a possibilidade da discussão da culpa pelo fim do casamento, instala um novo ciclo na história do direito de família no Brasil e propicia a compreensão de que não é necessário fazer do fim do amor uma tragédia, ou pelo menos uma tragédia judicial. O sistema jurídico brasileiro, pelo menos até o advento da EC 66/2010, ajudava a instigar e a sustentar os litígios conjugais, na medida em que se buscava um culpado ou inocente pelo fim do casamento. Brigas e desentendimentos de casal sempre existiram e continuarão existindo, mas não é necessário que as versões

---

<sup>77</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Divórcio. Teoria e Prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010

de cada parte sobre o fim do casamento sejam levadas ao judiciário. É muito mais fácil e cômodo atribuir ao outro a culpa pelo fracasso da conjugalidade, pois, assim, o sujeito não se responsabiliza pelos seus atos. Demonstrar que um dos cônjuges é culpado, foi infiel, deu causa à separação em nada resolve ou melhora a vida do ex-casal. A pensão alimentícia não pode estar vinculada à culpa, sob pena de se condenar alguém a passar fome ou extrema necessidade.

Muitos criticam o fim da separação judicial, principalmente dizendo que a supressão desse instituto enfraqueceria poder familiar. Segundo o autor Maurício Traldi, não se justificam as críticas daqueles que entendem que a revogação da separação e dos prazos para a formalização do divórcio representam um desestímulo à família, pois, segundo ele, novas famílias serão constituídas a partir de pessoas divorciadas, que seguirão em busca de novos relacionamentos. Além disso, as relações e obrigações entre pais, mesmo que divorciados, e filhos sempre deverão ser preservadas e prestigiadas.

Para Maria Berenice Dias<sup>78</sup> há uma saída, a qual é que tanto a mera separação de fato como a separação de corpos têm os mesmos efeitos da antiga separação judicial. Ambas rompem a sociedade conjugal, fazendo cessar os deveres de coabitação e fidelidade recíproca, bem como acabam o regime de bens, ensejando a incomunicabilidade patrimonial. Em ambas as situações os cônjuges mantêm o estado de casados, e podem retornar aos casamento sem haver a necessidade de formalizar o restabelecimento da sociedade conjugal. Assim, quando o casal tiver dúvida sobre se deseja se divorciar ou não, a separação de fato ou de corpos produz todos os efeitos da extinta separação judicial. Livres dos vínculos do casamento, qualquer dos cônjuges pode constituir união estável.

---

<sup>78</sup> DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 149-150.



### 3. A NÃO REVOGAÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

#### 3.1 DOUTRINA

Há uma parte da doutrina que entende que a separação judicial ainda subsiste nos termos dos artigos 1.571 a 1.582 do Código Civil e seria um instrumento útil aos consortes inseguros e, por isso, deixou apenas de ser um requisito prévio para a decretação do divórcio.<sup>79</sup>

De acordo com Regina Beatriz Tavares da Silva, ao interpretarmos a finalidade da EC nº 66/2010, que é a facilitação do divórcio, percebemos que a regra do § 6º do art. 226 da Constituição Federal gerou a supressão da separação prévia como requisito do divórcio. Essa conclusão é possível analisando a ementa da emenda em questão, a qual dispõe:<sup>80</sup>

“Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.”

A autora destaca que essa interpretação deve ser feita levando em consideração o art. 5º da Lei Complementar nº 95 de 1998: “A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objetivo da lei”.<sup>81</sup>

Por sua vez, Sérgio Gischkow Pereira, em “Calma com a separação e o divórcio!”, analisa o presente tema da seguinte forma:<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 25.

<sup>80</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da, *A Emenda Constitucional do Divórcio*. 1ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 81.

<sup>81</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da, *A Emenda Constitucional do Divórcio*. 1ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 81.

<sup>82</sup> Sérgio Gischkow Pereira, *Calma com a separação e o divórcio!* citado por DIAS, Maria Berenice, *Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66*, de 13 de julho de 2010. 2ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

A Constituição Federal não tratava da separação judicial, mas somente do divórcio. A separação judicial apenas foi elidida como exigência para o divórcio, mas permanece no sistema brasileiro, enquanto não revogado o Código Civil. A constituição fala que o casamento é dissolvido pelo divórcio; ora, a separação não dissolve o casamento, mas sim a sociedade conjugal. Alguns asseveram que ela é inútil. Não é bem assim. Desde que não atrapalhe o divórcio, pode continuar no Código Civil. A verdade é que pode ser o único caminho para aqueles cuja religião não admite o divórcio.

Enquanto isso, Antônio Carlos Mathias Coltro ensina o seguinte:

Os que defendem a não revogação da separação judicial devem explicar se esse instituto continuaria como uma faculdade, um procedimento opcional, ou se ainda constituiria requisito prévio para o divórcio. Para ele, ao analisarmos o novo e o antigo §6º do art. 226 da Carta Magna, percebemos que a alteração, pelo menos sob a ótica estritamente formal, refere-se apenas aos requisitos para o divórcio e não à existência de um procedimento (judicial ou extrajudicial) para dissolução da sociedade conjugal. Com isso, o legislador apenas retirou do texto constitucional a exigência de prévia separação judicial ou de fato para a decretação do divórcio, mas não proibiu que os seus requisitos fossem estabelecidos pela legislação ordinária. Se antes a Constituição exigia prévia separação judicial ou a separação de fato por dois anos para obtenção do divórcio, agora, o legislador ordinário está livre para estabelecer os requisitos para o divórcio.<sup>83</sup>

Ainda segundo Mathias Coltro, no sistema constitucional brasileiro tem prevalecido a tese de que as leis anteriores incompatíveis com a norma constitucional superveniente são por ela revogadas, não se aplicando o juízo de inconstitucionalidade. Havendo choque entre a lei ordinária e a emenda constitucional, não será cabível a ação direta de inconstitucionalidade, devendo a matéria, que é de Direito Intertemporal, e não de inconstitucionalidade, ser tratada utilizando como base o art. 2º, §1º, da LICC,

---

<sup>83</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 26.

aplicando-se o critério cronológico, e não o critério hierárquico, para solução desse conflito entre normas.<sup>84</sup>

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Ainda de acordo com o autor:

Se a Constituição não disciplinava a possibilidade de separação judicial e nem se referia a esta, não podemos concluir que tal procedimento desapareceu com a promulgação da emenda, pois ao concluirmos dessa forma, deveremos chegar à conclusão, inimaginável, de que o instituto da separação de fato também teria sido suprimido pela alteração constitucional, uma vez que era mencionado junto com a separação judicial, e agora não é mais.<sup>85</sup>

Já Luiz Felipe Brasil Santos, em “Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais (Lei 11.441/07)”, ensina o seguinte:<sup>86</sup>

Atente-se que qualquer norma será formalmente constitucional pelo só fato de constar na Constituição Federal. Porém, nem todas as normas formalmente constitucionais são também materialmente constitucionais. Os dispositivos apenas formalmente constitucionais são denominados por alguns autores de lei constitucional. São regras que por sua natureza, não precisariam constar da Constituição, mas lá são colocadas por razões de simples conveniência política. É como se fosse uma lei inserida no corpo da Constituição. Uma lei travestida de Constituição. É esse exatamente o caso do texto modificado pela EC n.

---

<sup>84</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 27.

<sup>85</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 30.

<sup>86</sup> Luiz Felipe Brasil Santos, Anotações acerca das separações e divórcios extrajudiciais (Lei 11.441/07) citado por DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 2ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p.35.

66/2010. A eliminação da referência constitucional aos requisitos para a obtenção do divórcio não significa que aquelas condicionantes tenham sido automaticamente abolidas, mas apenas que, deixando de constar no texto da Constituição, e subsistindo exclusivamente na lei ordinária (Código Civil), está agora aberta a porta para que esta seja modificada. Tal modificação é imprescindível e, enquanto não ocorrer, o instituto da separação judicial continua existente, bem como os requisitos para a obtenção do divórcio. Tudo porque estão previstos em lei ordinária, que não deixou de ser constitucional.

Enquanto isso, Gilberto Schäfer, em “A Emenda Constitucional n. 66 e o divórcio no Brasil”, aduz que:<sup>87</sup>

Retirar do Texto Constitucional não significa revogação, especialmente quando a matéria está regulada no plano ordinário. E este é justamente o ponto pelo qual não se demonstra a existência de uma revogação.

Segundo Mathias Coltro:

Os institutos em questão ainda estão previstos no Código Civil de 2002, o que significa que este precisaria também ser modificado para que a mudança constitucional realmente provocasse a extinção da separação judicial. Com isso, houve apenas a derrogação do caput e do § 2º do art. 1.580 do CC, na parte referente ao prazo de separação judicial, nos casos de divórcio por conversão; e ao prazo de separação de fato, no divórcio direto. Portanto, as partes poderão utilizar a separação judicial quando a simples separação de fato não lhes seja suficiente para assegurar-lhes a liberdade necessária para decidirem se querem continuar casados.<sup>88</sup>

Ainda de acordo com a visão de Mathias Coltro, o fato de não se poder solucionar o problema em questão por meio do controle de constitucionalidade, faz com que o Poder Judiciário decida sobre a subsistência ou não da legislação anterior. De

---

<sup>87</sup> Gilberto Schäfer, A Emenda Constitucional n. 66 e o divórcio no Brasil. citado por DIAS, Maria Berenice, Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010. 2ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

<sup>88</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 33.

acordo com ele, enquanto não houver uma uniformização do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a revogação ou não da legislação ordinária, supostamente incompatível com a Constituição, e esta não vier a ser revogada expressamente, os casos que envolvem esse problema continuarão a ser decididos ora de um jeito, ora de outro.<sup>89</sup>

### 3.2 JURISPRUDÊNCIA

A ideia de que o instituto da separação judicial não foi revogado pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010, vem ganhando força nos tribunais brasileiros cada vez mais, como por exemplo no estado do Rio Grande do Sul. Em um julgado, realizado em janeiro de 2011, em que se discutiu o tema em questão, o Tribunal de Justiça gaúcho proferiu o seguinte entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. NOVA REDAÇÃO AO § 6º do art. 226 da Constituição Federal. Vigência da LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (ART. 1.580 DO CÓDIGO CIVIL). REQUISITOS PRESERVADOS, POR ORA.

1. A aprovação da Emenda Constitucional nº 66/2010, ao dar nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, efetivamente suprimiu, do texto constitucional, o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos.

2. Não houve, porém, automática revogação da legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. Para que isso ocorra, indispensável seja modificado o Código Civil, que, por ora, preserva em pleno vigor os dispositivos atinentes à separação judicial e ao divórcio. Inteligência do art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42).

NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 47.

<sup>90</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70039476221. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7)

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul resolveu acabar com qualquer dúvida em relação ao seu entendimento sobre o tema e proferiu uma súmula, editada pelo 3º Grupo Cível do TJRS, cuja redação é a seguinte:

"A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não banuiu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual)."

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que inicialmente se pronunciou pelo fim da separação judicial, também já decidiu pela não revogação deste instituto pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010. Na apelação abaixo o desembargador e relator Nelson Schaefer Martins afirma que a disposição constitucional em questão não extinguiu a possibilidade da separação, mas apenas suprimiu o requisito temporal para o divórcio, já que levando em consideração o disposto no §1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, a EC 66 não revogou expressamente a separação judicial, nem há incompatibilidade entre a redação desta com a norma infraconstitucional que prevê o instituto da separação.

Apelação Cível n. 2011.032186-7, de Trombudo Central

Relator: Des. Nelson Schaefer Martins

AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66, DE 13.07.2010. INTIMAÇÃO DO AUTOR PARA QUE PROVIDENCIASSE A ADAPTAÇÃO DO PEDIDO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. AUTOR QUE MANIFESTA O DESINTERESSE EM MODIFICAR O PEDIDO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO POR AUSÊNCIA DE POSSIBILIDADE JURÍDICA E DE INTERESSE PROCESSUAL, NOS TERMOS DO ART. 267, INC. VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO. MERA FACULDADE. SUBSISTÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. PRECEDENTE DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. SENTENÇA CASSADA. REMESSA DOS AUTOS À ORIGEM. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.032186-7, da comarca de Trombudo Central (Vara Única), em que é apelante R. S. e apelada J. S.:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. José Trindade dos Santos, Presidente com voto, e o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 2 de fevereiro de 2012.

Nelson Schaefer Martins

Relator

(...)

VOTO

(...)

Com a edição da Emenda Constitucional n. 66, de 13.07.2010, a Constituição Federal de 1988 passou a dispor:

Art. 226. [...]

§ 6.º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

(...)

Do parecer de fls. 99/104 do Exmo. Sr. Procurador de Justiça, Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge, são reproduzidos os seguintes fundamentos:

[...] A princípio, buscando uma via menos radical, tenho que a Emenda n. 66/2010 teria como único e exclusivo objetivo prestigiar a integridade física e psíquica dos ex-consortes, evitando que tenham que aforar duas demandas para alcançar o fim pretendido. Mas, não haveria razão para a supressão do instituto da separação judicial do mundo jurídico. [...]

Há reconhecer, de qualquer sorte, tratar-se de questão deveras controvertida.

Do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se colhe precedentes que afastam a idéia de que a Emenda Constitucional 66/2010 tenha extirpado do mundo jurídico a Separação Judicial, pois para tanto haveria de revogar a legislação infraconstitucional que dela trata. [...]

Assim, por entender que a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, tenho que assiste razão ao recorrente.

(...)

Sobre o tema, colaciona-se precedente desta Câmara em Apelação Cível n. 2011.052992-0, de Forquilha, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, DJe 05.10.2011:

(...)

A nova disposição constitucional (EC 66/2010) não extinguiu a possibilidade da separação, mas apenas suprimiu o requisito temporal para o divórcio, nova modalidade de extinção da sociedade conjugal (CC/2002, art. 1571). Ademais, a Lei de Introdução ao Código Civil prescreve, em seu art. 2º, § 1º, que "A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Além de a Emenda Constitucional não ter revogado, expressamente, a separação judicial, não há incompatibilidade entre sua redação e o regramento infraconstitucional que prevê o instituto da separação.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para desconstituir a sentença e determinar a devolução dos autos à origem para prosseguimento da demanda de separação judicial.<sup>91</sup>

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também já vem decidindo pela não revogação do instituto da separação judicial, como no julgado a seguir:

Processo: Apelação Cível

1.0105.11.003751-9/001 0037519-65.2011.8.13.0105

Relator(a): Des.(a) Afrânio Vilela

Data de Julgamento: 05/06/2012

Data da publicação da súmula: 18/06/2012

Ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIVÓRCIO CONSENSUAL - AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - SEPARAÇÃO JUDICIAL - ABOLIÇÃO DO INSTITUTO - INOCORRÊNCIA - ARTIGO 40, §2º DA LEI 6.515/77 - NORMA COGENTE - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA - RECURSO PROVIDO.

A emenda constitucional de nº 66/2010 não suprimiu a necessidade de realização da audiência de conciliação para formalização do divórcio consensual, eis que não aboliu o instituto da separação judicial, permanecendo, por conseguinte, hígidos os dispositivos infraconstitucionais correlatos, inclusive o artigo 40, §2º, da Lei nº 6.515/77, norma de caráter cogente, cuja observância não se subordinada à discricionariedade do julgador.<sup>92</sup>

---

<sup>91</sup> SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.032186-7. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Nelson Schaefer Martins. Santa Catarina, 29 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20110321867>>. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

<sup>92</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0105.11.003751-9/001. 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Afrânio Vilela. Minas Gerais, 05 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.11.003751-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 13 de agosto de 2012.



### 3.3 CONSEQUÊNCIAS

“Com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, o instituto da separação judicial passou a ser uma mera opção do casal, não havendo qualquer conflito de regras ou colisão de princípios entre a legislação ordinária e a ordem constitucional superveniente, advinda a partir da EC 66. Dessa forma, o casal poderá optar por postular a separação de direito, e não o divórcio. Essa opção será possível enquanto houver a previsão no Código Civil de 2002 e no Código de Processo Civil; e, por isso, tal decisão não poderá ser negada pelo juiz ou pelo tabelião, os quais, se assim o fizerem, estarão atuando contra legem.”<sup>93</sup>

Além disso, uma vez decretada a separação, será perfeitamente possível a sua conversão em divórcio, tal como previsto no art. 1.580 do CC/2002, dispensando-se, apenas, o requisito temporal.<sup>94</sup>

Como foram extintos os prazos como requisitos ao divórcio, entende-se derogados o §1º do art. 1.572 e o caput do art. 1.574, no que tange aos prazos de um ano de ruptura da vida em comum ou mais de um ano de casamento, para propositura da ação de separação judicial litigiosa ou consensual, pois como não se exige mais qualquer requisito temporal para a dissolução do casamento, seria contraditório exigir esse tipo de requisito para a dissolução da sociedade conjugal.<sup>95</sup>

Nos processos de separação judicial em andamento, o juiz deve intimar as partes para que se manifestem sua vontade na conversão da separação judicial em divórcio, devendo-se manter as mesmas causas e os mesmos pedidos cumulados que constam nos autos; não podendo este extinguir o feito se as partes não concordarem

---

<sup>93</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 32-33.

<sup>94</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 33.

<sup>95</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 32.

com a conversão da separação judicial em divórcio, cabendo mandado de segurança nesse caso.<sup>96</sup>

Segundo Regina Beatriz Tavares da Silva:

Outra questão relevante se relaciona ao caso de surgir, por exemplo, uma apelação interposta contra sentença que extingue o processo de separação judicial em razão de impossibilidade jurídica do pedido ou falta de interesse de agir supervenientes, devido a Emenda Constitucional nº 66 de 2010. Esta apelação deve ser recebida em seu duplo efeito, ou seja, devolutivo e suspensivo, de acordo com o art. 520, *caput*, do Código de Processo Civil. Com isso, haverá um processo que se pleiteia a separação judicial, em andamento em segunda instância jurisdicional. Portanto, se umas das partes que concordam com a sentença que extinguiu a separação judicial ajuizar ação de divórcio, esta ação deve ser suspensa, pois há uma ação de separação judicial em tramitação em nível de apelação, pois caso o contrário, pode ocorrer de a ação de divórcio se acatada e a apelação cível ser julgada procedente, surgindo, assim, dois estados civis concomitantes – de divorciados e de separados judicialmente.”<sup>97</sup>

### 3.4 A CULPA

Os que defendem o banimento total do instituto da separação de direito sustentam também que a EC 66 extinguiu qualquer possibilidade de invocação da culpa, não sendo mais possível, no âmbito do divórcio, a discussão em torno de causas subjetivas e objetivas para dissolução do casamento.<sup>98</sup>

Para a autora Regina Beatriz Tavares da Silva, não se pode falar em eliminação da espécie dissolutória culposa, pois esta se baseia no descumprimento de dever

---

<sup>96</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da, A Emenda Constitucional do Divórcio. 1ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 86.

<sup>97</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da, A Emenda Constitucional do Divórcio. 1ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 86.

<sup>98</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 45.

conjugal. Esta eliminação levaria à atribuição, por exemplo, de pensão alimentícia plena a quem tivesse descumprido gravemente os deveres conjugais, como nos casos de infidelidade por parte de um dos cônjuges, ou nos casos de violência física ou moral contra o outro cônjuge, fazendo com que a vítima bancasse o agressor, e no primeiro caso pudesse chegar a bancar até mesmo o ou a amante.<sup>99</sup>

Ainda segundo a autora, muitos utilizam o argumento de que a culpa deveria ser eliminada como uma forma de diminuir o sofrimento dos filhos. Entretanto, de acordo com a autora, o sofrimento é inevitável na dissolução de um casamento, pois é inerente ao desfazimento dos laços conjugais, e, por isso, não está correto dizer que a demonstração de culpa é motivo de aumento desse sofrimento.<sup>100</sup>

Somente cabe a investigação na dissolução culposa para apurar o descumprimento dos deveres conjugais regulados expressamente em lei. Se ocorre, por exemplo, a infidelidade, a falta de prestação de cuidado e apoio imaterial e/ou material, o atentado à vida, a agressão moral e/ou física, o extravio de bens, aplicam-se as consequências jurídicas sancionatórias para quem pratica esses atos, dentre as quais a perda do direito à pensão alimentícia plena, a perda do direito de utilização do sobrenome conjugal e o dever de reparar os danos morais e materiais causados ao cônjuge lesado.<sup>101</sup>

Nesse contexto, de acordo com Antônio Carlos Mathias Coltro o instituto da separação judicial ainda permanece em nosso ordenamento jurídico, uma vez exercido esse direito, a culpa poderá ser discutida, devendo valer-se, nesse caso, do processo de separação, que será convertido depois em divórcio.<sup>102</sup>

Ainda segundo o autor, deve-se destacar que a culpa constitui importante parâmetro de definição do valor dos alimentos eventualmente devidos por um cônjuge ao outro. O argumento de alguns é o de que a culpa, não podendo mais ser invocada

---

<sup>99</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da, A Emenda Constitucional do Divórcio. 1ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 63.

<sup>100</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da, A Emenda Constitucional do Divórcio. 1ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 64.

<sup>101</sup> SILVA, Regina Beatriz Tavares da, A Emenda Constitucional do Divórcio. 1ª Edição, São Paulo. Editora Saraiva, 2011, p. 65.

<sup>102</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 45.

no divórcio, será discutida em uma ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos. Entretanto, se todas essas questões podem ser discutidas na ação de separação, não há a necessidade de se ajuizar novas ações apenas para se discutir esses temas.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> COLTRO, Antônio Carlos Mathias, Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense, 2010, p. 44.

## CONCLUSÃO

Com o advento da emenda constitucional 66 de 13 de julho de 2010, que alterou o dispositivo do art. 226, § 6º da Constituição Federal, no qual em sua nova redação dispõe: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. surgiram controvérsias a respeito da extinção ou não da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro.

Antes dessa inovação, havia a necessidade da prévia separação judicial ou de fato para a concessão do divórcio. Agora é possível que o divórcio seja requerido pelas partes de forma direta, sem a obrigação de cumprimento de qualquer lapso temporal, ou seja, o divórcio direto. Tal instituto veio com o objetivo de agilizar o processo de divórcio, desaparecendo o requisito temporal para a sua concessão. Desde então o divórcio pode ser requerido a qualquer tempo, ou seja, os cônjuges que queiram dissolver o matrimônio estão liberados do cumprimento prévio da separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por período superior a dois anos.

Entretanto, parte dos doutrinadores e operadores do direito entendem que a alteração constitucional em destaque não apenas eliminou os requisitos prévios para a concessão do divórcio, mas também revogou o próprio instituto da separação judicial e, conseqüentemente, o da separação extrajudicial. Ao passo que outra corrente entende que o referido instituto não foi revogado, tendo sido banido do nosso ordenamento jurídico apenas os lapsos temporais previstos no § 6º do art. 226 da Carta Magna antes da Emenda 66/2010.

O pensamento de que houve a extinção da separação judicial é defendido por doutrinadores como Maria Berenice Dias, Maria Luiza Póvoa Cruz, José Fernando Simão, Newton Teixeira Carvalho, Pablo Stolze Galiano, Flávio Tartuce, Rodrigo da Cunha Pereira, Fábila Maschietto, entre outros. Segundo eles, a não previsão da separação judicial na nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, provocou uma revogação tácita desse instituto, argumentando que a legislação infraconstitucional não pode ter uma força normativa maior que a própria Constituição. Então, como a emenda em questão retirou de seu corpo a separação judicial, não se pode mantê-la na legislação infraconstitucional. Esse fato também provocou, para

esses autores, a eliminação do instituto da culpa no que diz respeito ao fim do vínculo conjugal.

A outra visão, seguida por doutrinadores como José Moacir Droetto Nascimento, Gustavo Gonçalves Cardoso, Regina Beatriz Tavares da Silva, Sérgio Gischkow Pereira, Antônio Carlos Mathias Coltro, Luiz Felipe Brasil Santos, Gilberto Schäfer, dentre outros, afirma que a separação judicial não foi eliminada, tendo sido extinto apenas os lapsos temporais prévios que deveriam ser obedecidos para a decretação do divórcio.

Apesar da segunda corrente ser a minoritária atualmente, ela traz o melhor fundamento em relação ao fim ou não da separação judicial, pois apesar de não haver mais a previsão desse instituto no art. 226, § 6º da Constituição Federal, a separação judicial ainda está prevista nas normas infraconstitucionais. Além disso, não podemos afirmar sobre a revogação do instituto em tese, visto que a emenda constitucional não dispôs de forma expressa sobre a revogação da separação judicial, regra que deveria ter sido seguida segundo a Lei de introdução ao Código Civil em seu artigo 2º, § 1º, o qual deixa claro que ao se criar uma lei, esta revogará a lei anterior desde que de forma expressa, ou nos casos em que a nova lei for incompatível com a anterior ou quando aquela regular inteiramente a matéria tratada por esta; não tendo ocorrido nenhum dos três casos acima em relação a EC 66/2010, que apenas deixou de se referir aos lapsos temporais que antes eram necessários para a concessão do divórcio, permitindo, com isso, a decretação do divórcio de forma direta.

Além do mais, retirar um termo da Constituição Federal não provoca a sua revogação, ainda mais que a matéria referente a este instituto está prevista no plano infraconstitucional, mais especificamente no Código Civil de 2002, o qual também deveria ser modificado para que se pudesse afirmar sobre o fim do instituto da separação judicial.

Se levássemos em consideração que, com a Emenda Constitucional nº 66 de 2010, teria havido a revogação da separação judicial, já que esta emenda deixou de dispor sobre este instituto, chegaríamos à conclusão de que o instituto da separação de fato e todos seus efeitos também teriam sido eliminados pela mesma inovação, visto

que esse instituto também era previsto, junto com a separação judicial, no § 6º do art. 226 da Carta Magna, fato que é absolutamente impossível.

Com isso, a conclusão que se chega é que a inovação constitucional trazida pela Emenda 66/2010 apenas eliminou a separação judicial e de fato, exclusivamente, como requisito prévio para a concessão do divórcio, possibilitando a opção pelo divórcio direto. Desse modo, permanece em nosso ordenamento jurídico a separação judicial e extrajudicial, sendo apenas uma opção ao casal que não deseja o divórcio; podendo, posteriormente, serem convertidas em divórcio normalmente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil: Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. São Paulo. Saraiva, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2012.

CARVALHO, Dimas Messias de. Divórcio judicial e administrativo. 1ª Edição, Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2010.

CRUZ, Maria Luiza Póvoa. Separação, Divórcio e Inventário por via administrativa. 4ª Edição, Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional 66 de 13 de julho de 2010. 1ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Famílias. 8ª Edição, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2007 06 1 005692-4. 1ª Turma Cível. Relator: Des. Flávio Rostirola. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62746,43110,19619&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=491988>>. Acesso em: 07 de setembro de 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2008 01 1 105981-4. 4ª Turma Cível. Relator: Des. Fernando Habibe. Brasília, 08 de junho de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62746,43876,31481&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=608162>>. Acesso em: 07 de setembro de 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento n. 2011 00 2 004667-7. 3ª Turma Cível. Relator: Des. João Mariosi. Brasília, 29 de junho de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62746,44370,26882&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=516247>>. Acesso em: 07 de setembro de 2012.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2008 01 1 000476-8. 2ª Turma Cível. Relator: Des. Sérgio Rocha. Brasília, 21 de março de 2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62746,45147,3661&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=575942>>. Acesso em: 07 de setembro de 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2010.

FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, George Salomão. LEITE, Glauber Salomão. O Novo Divórcio no Brasil: de acordo com a EC nº 66/2010. 1ª Edição, Mato Grosso. Editora Jus Podivm, 2011.



LAGRASTA NETO, Caetano. Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos. 1ª Edição, São Paulo. Editora Atlas, 2011.

MASCHIETO, Fábila. Novo Divórcio: Teoria e Prática. 1ª Edição, São Paulo. Editora Mundo Jurídico, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0079.08.405935-5/001. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Bitencourt Marcondes. Minas Gerais, 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0079.08.4059355%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0105.11.003751-9/001. 2ª Câmara Cível. Relator: Des. Afrânio Vilela. Minas Gerais, 05 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0105.11.003751-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

NOGUEIRA, Luiz Fernando Valadão. Divórcio: inovações e consequências da EC n. 66/2010. 1ª Edição, Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio: teoria e prática. 2ª Edição, Rio de Janeiro. Editora GZ, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n. 0374116-18.2008.8.19.0001. Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Nagib Slaibi. Rio de Janeiro, 25 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://webserver2.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201000130430>>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70039476221. 8ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 13 de janeiro de 2011. Disponível em: <[http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70039476221&num\\_processo=70039476221&codEmenta=3960851&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70039476221&num_processo=70039476221&codEmenta=3960851&temIntTeor=true)>. Acesso em: 12 de agosto de 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.039649-3. Primeira Câmara de Direito Civil. Relatora: Des<sup>a</sup>. Subst<sup>a</sup>. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Santa Catarina, 19 de abril de 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20110396493>>. Acesso em: 20 de maio de 2012.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2011.032186-7. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Des. Nelson Schaefer Martins. Santa Catarina, 29 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp?cbPesquisa=NUMPROC&Pesquisar=Pesquisar&dePesquisa=20110321867>>. Acesso em: 13 de agosto de 2012.

## **ANEXO A – JURISPRUDÊNCIA DO TJDF**

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios apresenta, em sua maioria, decisões que afirmam a revogação do instituto da separação judicial pela Emenda Constitucional nº 66 de 2010. Entretanto, a decisão mais recente sobre o tema em questão, cujo relator foi o desembargador Mario-Zam Belmiro, dispôs que a separação judicial ainda subsiste em nosso ordenamento jurídico após a inovação constitucional dada pela emenda citada acima.

O relator do Acórdão abaixo, o desembargador Flávio Rostirola, em um julgamento realizado em março de 2011, afirmou que a separação judicial não subsiste mais devido a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010.

Classe do Processo: 2007 06 1 005692-4 APC - 0006967-33.2007.807.0006 (Res.65 - CNJ) DF

Registro do Acórdão Número: 491988

Data de Julgamento: 23/03/2011

Órgão Julgador: 1ª Turma Cível

Relator: FLAVIO ROSTIROLA

Disponibilização no DJ-e: 31/03/2011 Pág.: 119

Ementa

FAMÍLIA E PROCESSO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INEXISTÊNCIA. QUESTÕES PREJUDICIAIS, EM FEITOS OUTROS, À AÇÃO DE DIVÓRCIO. AUSÊNCIA. DIVÓRCIO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010. ELIMINAÇÃO DA SEPARAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. AUSÊNCIA DE PROVAS DE DANO PROCESSUAL.

1. REPELE-SE ASSERTIVA DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, POIS, NO CASO EM TELA, O AUTOR, ORA APELADO, POSTULA A CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO, PLEITO QUE, ALÉM DE NÃO SE ENCONTRAR VEDADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, TEM RESPALDO LEGAL.

2. NA HIPÓTESE VERTENTE, O DESFECHO DE AÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA DE SEPARAÇÃO, BEM COMO DE AÇÃO DE ALIMENTOS, NÃO REPERCUTE NO DESLINDE DO FEITO DE DECRETAÇÃO DE DIVÓRCIO, MORMENTE, DIANTE DA EMENDA

CONSTITUCIONAL N. 66/2010, QUE ABOLIU O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO.

3. NA ESPÉCIE EM COMENTO, NÃO HÁ IMPEDIMENTOS À ADVOCACIA DO AUTOR EM CAUSA PRÓPRIA, SOBRETUDO, PORQUE TAL EXERCÍCIO DA PROFISSÃO NÃO SE CONFUNDE TAMPOUCO COMPROMETE O DE PROCURADOR DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL, APRESENTANDO-SE, POIS, CRISTALINA A CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO RECORRIDO.

4. COM O ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66, DE 13 DE JULHO DE 2010, O PARÁGRAFO SEXTO DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PASSOU A VIGORAR COM A SEGUINTE REDAÇÃO:ART. 226. A FAMÍLIA, BASE DA SOCIEDADE, TEM ESPECIAL PROTEÇÃO DO ESTADO. (...) § 6º O CASAMENTO CIVIL PODE SER DISSOLVIDO PELO DIVÓRCIO.

5. NO CASO EM DESTAQUE, INEXISTEM IMPEDIMENTOS PARA O DIVÓRCIO DO REQUERENTE DA REQUERIDA, SOBRETUDO, PORQUE, DIANTE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010, INEXISTE PRAZO PARA CONVERTER A SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO.

6. CEDIÇO QUE, PARA A CONDENAÇÃO NA MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ, SUA IMPOSIÇÃO DEVE SER MOTIVADA. NO CASO VERTENTE, A INTERPOSIÇÃO DO PRESENTE RECURSO CONSUBSTANCIA DIREITO DA PARTE, NÃO ESPELHANDO QUALQUER DAS SITUAÇÕES DESCRITAS NO ARTIGO 17 DO DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL. ADEMAIS, NA ESTEIRA DO QUE JÁ DECIDIU O COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, O RECONHECIMENTO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DEPENDE DE QUE A OUTRA PARTE COMPROVE HAVER SOFRIDO DANO PROCESSUAL, O QUE NÃO FOI DEMONSTRADO IN CASU.

7. NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO.<sup>104</sup>

O desembargador Fernando Habibe, relator do acórdão abaixo, julgado em junho de 2011, também dispôs sobre a extinção da separação judicial após a referida mudança na Constituição Federal de 1988.

Classe do Processo : 2008 01 1 105981-4 APC - 0105981-68.2008.807.0001 (Res.65 - CNJ) DF

---

<sup>104</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2007 06 1 005692-4. 1ª Turma Cível. Relator: Des. Flávio Rostirola. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62746,43110,19619&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=491988>>. Acesso em: 07 de setembro de 2012.

Registro do Acórdão Número : 608162

Data de Julgamento : 08/06/2011

Órgão Julgador : 4ª Turma Cível

Relator : FERNANDO HABIBE

Disponibilização no DJ-e: 09/08/2012 Pág. : 72

Ementa

APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL. EC 66/10. DIVÓRCIO. SEPARAÇÃO DE FATO. PARTILHA.

1. A SEPARAÇÃO JUDICIAL NÃO É MAIS CONTEMPLADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL, DESDE O ADVENTO DA EC 66/10, PROMULGADA APÓS A SENTENÇA. A EXTINÇÃO DO INSTITUTO REPERCUTE SOBRE A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DEMANDA, ALCANÇANDO AS CAUSAS EM ANDAMENTO.

2. NO ENTANTO, INEXISTINDO PREJUÍZO, ADMITE-SE, MESMO NA FASE DE APELAÇÃO, PEDIDO PARA QUE SEJA D ECRETADO O DIVÓRCIO, SOBRETUDO QUANDO FORMULADO POR AMBAS AS PARTES, PRIORIZANDO-SE, DESSE MODO, A PACIFICAÇÃO DO CONFLITO, A EFETIVIDADE DA JUSTIÇA, A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, A ECONOMIA E A INSTRUMENTALIDADE.

SOLUÇÃO OUTRA REPRESENTARIA, NO CASO, MERA DEIFICAÇÃO DAS FORMAS.

3. OS BENS ADQUIRIDOS POR UM DOS CÔNJUGES APÓS A SEPARAÇÃO DE FATO NÃO SE COMUNICAM AO OUTRO, RAZÃO PELA QUAL DEVEM SER EXCLUÍDOS DA PARTILHA.<sup>105</sup>

O mesmo pensamento também é defendido pelo desembargador João Mariosi, relator do julgado abaixo, ocorrido em junho de 2011:

Classe do Processo : 2011 00 2 004667-7 AGI - 0004667-77.2011.807.0000 (Res.65 - CNJ) DF

Registro do Acórdão Número : 516247

Data de Julgamento : 29/06/2011

---

<sup>105</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2008 01 1 105981-4. 4ª Turma Cível. Relator: Des. Fernando Habibe. Brasília, 08 de junho de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62746,43876,31481&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=608162>>. Acesso em: 07 de setembro de 2012.

Órgão Julgador : 3ª Turma Cível

Relator : JOÃO MARIOSI

Disponibilização no DJ-e: 05/07/2011 Pág. : 59

Ementa

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO - EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010 - ELIMINAÇÃO DA SEPARAÇÃO - PEDIDO DE ALIMENTOS - POSSIBILIDADE PARA EVITAR MULTIPLICIDADE DE AÇÕES - RECURSO NÃO PROVIDO.

1. NOS TERMOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66, DE 13.7.2010, É POSSÍVEL A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO PELO DIVÓRCIO, SEM PRECISAR MAIS AGUARDAR QUALQUER PRAZO PARA SER REQUERIDO.

2. NA AÇÃO DE DIVÓRCIO É POSSÍVEL DISCUTIR ALIMENTOS E PARTILHA DE BENS E DÍVIDAS, A FIM DE EVITAR A MULTIPLICIDADE DE DEMANDAS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE.

3. RECURSO NÃO PROVIDO.<sup>106</sup>

O desembargador Sérgio Rocha, relator do seguinte acórdão, julgado em março de 2012, afirmou que o instituto da separação judicial foi suprimido pela EC n. 66 de 2010, pois não foi delegado ao legislador infra-constitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja o direito à ruptura do vínculo conjugal.

Classe do Processo : 2008 01 1 000476-8 APC - 0093536-18.2008.807.0001 (Res.65 - CNJ) DF

Registro do Acórdão Número : 575942

Data de Julgamento : 21/03/2012

Órgão Julgador : 2ª Turma Cível

Relator : SÉRGIO ROCHA

---

<sup>106</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento n. 2011 00 2 004667-7. 3ª Turma Cível. Relator: Des. João Mariosi. Brasília, 29 de junho de 2011. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62746,44370,26882&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=516247>>. Acesso em: 07 de setembro de 2012.

Ementa

SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - AGRAVO RETIDO - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - MANUTENÇÃO DE INDEFERIMENTO - COMPETÊNCIA - EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 - DIVÓRCIO DIRETO - PARTILHA - NOME.

1.A COMPETÊNCIA DA VARAS DE FAMÍLIA (ART. 27, DA LEI 11.697/08 (LOJDFT) NÃO CONTEMPLA A DEMANDA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL SUPOSTAMENTE CAUSADO POR UM CÔNJUGE AO OUTRO, ESTANDO A MATÉRIA AFETA À COMPETÊNCIA DAS VARAS CÍVEIS. PRECEDENTES TJDFT.

2. APÓS A EC 66/10 NÃO MAIS EXISTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO O INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. NÃO FOI DELEGADO AO LEGISLADOR INFRA CONSTITUCIONAL PODERES PARA ESTABELECEER QUALQUER CONDIÇÃO QUE RESTRINJA O DIREITO À RUPTURA DO VÍNCULO CONJUGAL.

3.É POSSÍVEL A ALTERAÇÃO, EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO, DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM AÇÃO DE DIVÓRCIO, QUANDO VERIFICADO QUE AS PARTES MANIFESTAM O SEU INTERESSE EM POR FIM AO CASAMENTO.

4. ESSA ALTERAÇÃO TAMBÉM É CABÍVEL QUANDO VERIFICADO QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE, DA ECONOMIA PROCESSUAL, EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E POR SE TRATAR DE DEMANDA QUE ENVOLVE DIREITO DE FAMÍLIA, O QUE, NATURALMENTE, ENSEJA DESGASTE EMOCIONAL E PSICOLÓGICO DAS PARTES ENVOLVIDAS, NÃO SENDO VIÁVEL A SIMPLES EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO PARA QUE HAJA A SUA REPROPOSITURA.

5. OS BENS, CUJA EXISTÊNCIA E PROPRIEDADE FORAM DEVIDAMENTE COMPROVADOS, DEVEM SER PARTILHADOS NA RAZÃO DE 50 % (CINQUENTA POR CENTO) PARA CADA PARTE.

6. DEVE SER SUSPENSA A EXIGIBILIDADE DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA SE A PARTE É BENEFICIÁRIA DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA.

7. NEGOU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E DEU-SE PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA PARA SUSPENDER A EXIGIBILIDADE DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA E DECRETO O DIVÓRCIO DO CASAL, COM A MANUTENÇÃO DO NOME DE CASADA DA AUTORA E A PARTILHA DOS BENS NO PERCENTUAL

DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) PARA CADA, NOS TERMOS CONTIDOS NO VOTO DO RELATOR.<sup>107</sup>

Contudo, o acórdão mais recente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, proferido pelo desembargador Mario-Zam Belmiro, estabelece que a separação judicial ainda subsiste no ordenamento jurídico brasileiro, afirmando que apenas houve a extinção dos prazos prévios exigidos para a decretação do divórcio e que a manutenção do instituto em questão deve-se também ao fato de que a nossa Constituição preservar o princípio da proteção da família, estando a reconciliação do casal, prevista no ordenamento infra-constitucional, totalmente de acordo com o referido princípio constitucional.

Classe do Processo : 2011 00 2 017591-2 AGI - 0017591-23.2011.807.0000 (Res.65 - CNJ) DF

Registro do Acórdão Número : 580194

Data de Julgamento : 18/04/2012

Órgão Julgador : 3ª Turma Cível

Relator : MARIO-ZAM BELMIRO

Disponibilização no DJ-e: 23/04/2012 Pág. : 126

Ementa

CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEPARAÇÃO JUDICIAL. NOVA REDAÇÃO DO ART. 226, DA CF. EC 66/2010. SOBREVIVÊNCIA DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO. RECURSO PROVIDO.

1. A SUPRESSÃO DA CONDIÇÃO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO, PREVISTO NO ART. 226, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, NÃO AUTORIZA PENSAR QUE POR ISTO TENHA HAVIDO A EXTINÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

---

<sup>107</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 2008 01 1 000476-8. 2ª Turma Cível. Relator: Des. Sérgio Rocha. Brasília, 21 de março de 2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62746,45147,3661&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrht m03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=575942>>. Acesso em: 07 de setembro de 2012.

2. A MANUTENÇÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL DEVE-SE TAMBÉM AO FATO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PRESERVA O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA, ESTANDO A RECONCILIAÇÃO DO CASAL, PREVISTO NO ART. 1577, DO CÓDIGO CIVIL, EM TOTAL CONSONÂNCIA COM REFERIDO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL.

3. RECURSO PROVIDO.<sup>108</sup>

O primeiro momento foi de extinção da separação judicial. Depois os doutrinadores começaram a afirmar que isso não ocorreu, e os Tribunais passaram a afirmar que a Emenda Constitucional nº 66 não extinguiu o este instituto. Parece que o TJDFT está se movimentando para o que se passa no STJ e nos outros Tribunais (Rio Grande do Sul, Minas Gerais, por exemplo), isto é, pela utilização da separação judicial como forma alternativa de extinção da relação matrimonial.

---

<sup>108</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravo de Instrumento n. 2011 00 2 017591-2. 3ª Turma Cível. Brasília, 18 de abril de 2012. Disponível em: <<http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?DOCNUM=1&PGATU=1&l=20&ID=62746,45564,26334&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER&pq1=580194>>. Acesso em: 07 de setembro de 2012.